This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

B & Dec 1922

HARVARD LAW LIBRARY

Received JUN 27 1921

118 c

Lehrbuch

der

Pandecten

von

Dr. Ludwig Arndts

k. k. Regierungsrath und ordentlichem Professor an der k. k. Universität zu Wien, Ritter des k. b. Verdienstordens vom heil. Michael.

Zweite Auflage.

München.

Literarisch-artistische Anstalt

der J. G. Cotta'schen Buchhandlung.

1855.

GER.
903.3

JUN 27 1921

Buchdruckerei der J. G. Cotta'schen Buchhandlung in Stuttgart und Augsburg.

Dem großen Rechtslehrer

Friedrich Carl von Savigny

zum Andenken an deſſen Jubeltag

den 31. October 1850

ehrfurchtsvoll und dankbar

gewidmet.

Vorwort zur ersten Auflage.

Die erste Abtheilung dieses Lehrbuchs erschien zu der Zeit, als die deutsche Rechtswissenschaft ihren schönsten Ehrentag feierte, Savigny's fünfzigjähriges Jubelfest. Nichts natürlicher als der Wunsch, dem Andenken dieses Tags das Buch zu widmen. Aber ein Bruchstück war dazu nicht geeignet. Daher habe ich vorerst nur bei Ueberreichung der ersten Abtheilung den verehrten Jubelgreis gebeten, das vollendete Werk demnächst ihm widmen zu dürfen. Diese Bitte wurde in freundlichster Weise gewährt, und so bin ich denn berechtigt, jetzt noch, fast zwei Jahre nach dem Feste, dieses Buch mit vorstehendem Blatte der Erinnerung zu zieren. Möchte es dieser Zierde würdig befunden werden! Möchte, wie jenes Blatt ausspricht, daß ich ein dankbarer, so das Buch selbst beweisen, daß ich kein unwürdiger Schüler des großen Lehrers bin!

Was die Entstehung des Buches betrifft, so wiederhole ich aus dem Vorworte, welches die erste Abtheilung begleitete: „Bei dem Reichthum unserer Litteratur an Büchern dieser Art weiß ich zu meiner Rechtfertigung oder, wenn man will, Entschuldigung nichts anderes anzuführen, als daß ich schon lange den Wunsch hegte und das Bedürfniß fühlte, meinen Zuhörern ein von mir selbst entworfenes Lehrbuch als Leitfaden bei meinen Vorlesungen in die Hand zu geben. Ich hatte daher schon vor dem Jahre 1844 den Anfang zu dessen Ausarbeitung gemacht, die aber zuerst wegen meiner Berufung zur Gesetzcommission (1844 ... 1847), sodann in Folge der politischen Bewegungen (1848 ... 1849) liegen blieb, bis

mich die Rückkehr zu friedlicher akademischer Thätigkeit dieselbe wieder aufzunehmen veranlaßte."

Man kann die Vortrefflichkeit z. B. der Pandekten von G. F. Puchta vollkommen anerkennen, wie ich gern bekenne, daß vorzüglich ihnen dieses Buch, wenn etwas Gutes an ihm ist, viel zu danken hat, und der Kundige wird es doch leicht erklärlich finden, wie sich ein Lehrer des Pandectenrechts, trotz wohlbegründeter Besorgniß, einen solchen Vorgänger nicht erreichen zu können, dennoch versucht finden kann, mit einem Buche gleicher Art hervorzutreten, und wäre es auch zumeist deshalb, weil ihm einzelne Eigenthümlichkeiten des Systems unbequem sind. Ich bin indessen während der in einzelnen Abtheilungen fortschreitendem Ausarbeitung so glücklich gewesen, mehrfach durch freundliches Urtheil bewährter Männer ermuntert zu werden; auch ein Studirender fand sich nach Erscheinen der ersten Abtheilung bewogen, mir in anonymem Briefe aus Heidelberg Dank und Beifall auszudrücken, was ich als ein mir besonders erfreuliches Zeichen, daß ich kein ganz überflüssiges Werk unternommen, und zugleich zur Antwort auf die freundliche Zuschrift des mir unbekannten Jüngers der Rechtswissenschaft hier zu erwähnen mir nicht versagen mag.

Die Vollendung des Buches hat wider mein Erwarten einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren in Anspruch genommen, und die ganze dritte Abtheilung nebst einem Theil der zweiten habe ich, um nicht die der Verlagshandlung gegebene Zusage zu arg zu verletzen, unter schwerer häuslicher Sorge und Bedrängniß, zugleich von anderweitiger Berufsthätigkeit in Anspruch genommen, ausarbeiten müssen. Begreiflich hat dies manche Mängel, die sonst vielleicht vermieden wären, insbesondere wohl einige Ungleichmäßigkeit in der Behandlung der einzelnen Lehren zur Folge gehabt, um so mehr, als, nach einigem Stillstand in der Zeit der politischen Aufregung, seit 1850 wieder die civilistische Litteratur sehr ergiebige Bereicherung erhalten hat. So erschienen erst seitdem der erste Band von Savigny's Obligationsrecht, der erste Band der

vermehrten sechsten Auflage von Vangerow's Leitfaden, die sorgfältig revidirte und vermehrte dritte Ausgabe von Seuffert's Pandectenrecht, Windscheid's Lehre von der Voraussetzung, Buchka's L. v. d. Stellvertretung, Girtanner's Bürgschaft, u. a. Werke, deren Bekanntschaft früher gemacht zu haben für mein Buch zuträglich gewesen wäre. Möge mir später Gelegenheit werden auf Beseitigung jener Mängel bedacht zu seyn!

Ich schreibe dieses in ländlicher Stille am Jahrestag des wilden Tobens einer politisch fanatisirten Menge, das, auch mich auf der Rednerbühne der Paulskirche mit Gefahr bedrohend, einem blinden Wahne grausame Opfer brachte. Möge Weisheit und Kraft der Regierungen das Vaterland vor der Wiederkehr solcher Verwirrung und Barbarei bewahren und die Entwickelung seiner Zustände in der friedlichen Bahn des Rechts gedeihlich fortschreiten! Dann wird auch die Wissenschaft des Rechts ferner ihr Gedeihen finden, und darf ich hoffen, daß auch mir an deren Pflege einigen Antheil zu nehmen ferner vergönnt seyn werde.

Mühlfeld am Ammersee, d. 18. Sept. 1852.

Ludwig Arndts.

Vorwort zur zweiten Auflage.

Meine Hoffnung, daß ich in Ausarbeitung dieses Lehrbuchs kein überflüssiges Werk unternommen haben möchte, ist nicht getäuscht worden. Eine ausführliche öffentliche Beurtheilung desselben ist mir zwar nicht zur Kunde gekommen; wohl aber haben mehrere hochachtbare Gelehrte mir in erfreulicher Weise ihre Anerkennung brieflich ausgesprochen und zum Theil auch ihr Interesse für das Buch durch Mittheilung von Berichtigungen, wofür ich hiermit den verbindlichsten Dank sage, bethätigt; auch hat in neuester Zeit

wiederum ein Rechtskandidat, von einer nordischen Hochschule her, sich bewogen gefunden, mir brieflich dankend zu erkennen zu geben, wie ihm mein Buch noch beim Schlusse seiner akademischen Studien gute Dienste geleistet habe. So ist denn früher, als ich hoffte, eine zweite Auflage nöthig geworden. Ich habe bei dieser die neuere Litteratur nach Möglichkeit berücksichtigt und kann sie als eine nicht unbedeutend vermehrte Auflage bezeichnen, obgleich wegen größerer Sparsamkeit des Drucks die Seitenzahl erheblich geringer ist, als die der ersten. In der systematischen Anordnung und Reihenfolge der §§. habe ich absichtlich, mit unbedeutender Ausnahme (§. 159. 160), jede Aenderung vermieden, weil mir solche bei einem Lehrbuche, das eben erst einige Gunst auch bei andern Lehrern sich zu erwerben im Begriffe steht, nicht unbedenklich erschien. Jeden Beitrag zu einer Verbesserung werde ich auch in Zukunft mit Dank aufnehmen.

München, den 3. Juli 1855.

Ludwig Arndts.

Inhalt.

Einleitung. Seite

I. Begriff des Pandectenrechts, §. 1. 1

II. Quellen des Pandectenrechts.

A. Verschiedene Classen derselben. 1) Römisches Recht. §. 2. . . . 1
2) Canonisches Recht. §. 3. 3) Einheimisch deutsches Recht. §. 4. .

B. Gebrauch der Quellen. §. 5. 1) Von der Auslegung des Inhalts 5
der Rechtsquellen im Einzelnen. §. 6...9. 2) Auslegung der Quellen
im Ganzen. §. 10...15.

III. Litteratur des Pandectenrechts. §. 16...20. 12

Erstes Buch.

Von den Rechten im Allgemeinen.

Erstes Capitel. Begriff und Eintheilung der Rechte.

I. Begriff des Rechts. §. 21. 19

II. Eintheilung der Rechte. 1) Nach ihrem Gegenstande. §. 22. 2) Nach 19
ihrem Verhältniß zum Recht im objectiven Sinn. §. 23.

Zweites Capitel. Von den Personen oder Subjecten der Rechte. §. 24. 22

I. Von den natürlichen Personen.

A. Existenz derselben. 1) Anfang und Erfordernisse. §. 25. . . . 23
2) Ende der natürlichen Persönlichkeit. §. 26. 3) Insbesondere von
der Priorität des Todes. §. 27.

B. Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen. 1) Die römischen Status. 25
§. 28. 2) Die bürgerliche Ehre. a) Begriff der Ehre. §. 29.
b) Ehrenminderung. α) Nach römischem Recht. aa) Im Allge-
meinen. §. 30. bb) Infamie. §. 31. cc) Turpitudo. §. 32.
β) Heutige Anwendbarkeit des römischen Rechts. §. 33. 3) Einfluß
des Religionsbekenntnisses auf die Rechtsfähigkeit. §. 34.

C. Andere juristisch bedeutende Eigenschaften und Zustände der Perso- 32
nen. 1) Geschlecht. §. 35. 2) Alter. §. 36. 3) Gesundheit. §. 37.
4) Verwandtschaft. a) Begriff und Arten. §. 38. b) Präsumtion
der Verwandtschaft. §. 39. 5) Wohnsitz. §. 40.

II. Von den juristischen Personen.

A. Nähere Bestimmung des Begriffs. Arten. §. 41. 37

B. Von einzelnen Arten juristischer Personen insbesondere. 1) Gemein- 39
heiten. Universitates. a) Wesen derselben. §. 42. b) Vertretung
der Gemeinheit. §. 43. c) Entstehung von Gemeinheiten. §. 44.
d) Aufhebung von Gemeinheiten. §. 45. 2) Stiftungen. §. 46.

Seite

3) Der Fiscus. §. 47.

Drittes Capitel. Von den Rechtsobjecten oder Sachen.

I. Juristischer Begriff der Sache. §. 48. 44

II. Rechtsfähigkeit der Sachen. §. 49. 46

III. Juristisch bedeutende natürliche Verschiedenheiten der Sachen.

A. Beweglichkeit und Unbeweglichkeit. §. 50. 47

B. Vertretbarkeit. §. 51. 48

C. Verbrauchbarkeit. §. 52. 48

D. Theilbarkeit. §. 53. 49

IV. Verhältniß zu andern Sachen. 1) Pertinenzen. §. 54. 2) Früchte. §. 55. 51

Viertes Capitel. Von Entstehung und Endigung der Rechte.

I. Von Entstehung der Rechte im Allgemeinen. §. 56. 53

II. Von Endigung der Rechte im Allgemeinen. §. 57. 54

III. Von Handlungen in Beziehung auf Entstehung und Endigung von Rechten.

A. Begriff und Arten. §. 58. 55

B. Erfordernisse der Handlungen. 1) Handlungsfähigkeit. §. 59. 2) Willensbestimmung. a) Wesen derselben. §. 60. b) Mängel der Willensbestimmung. α) Zwang. §. 61 β) Irrthum. §. 62. 56

C. Von Rechtsgeschäften insbesondere. 1) Begriff und Haupteintheilung. §. 63. 2) Erfordernisse der Rechtsgeschäfte. §. 64. 3) Inhalt der Rechtsgeschäfte. §. 65. 4) Insbesondere von Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. a) Bedingungen. α) Begriff. §. 66. β) Arten der Bedingung. §. 67. γ) Zulässigkeit der Bedingungen. §. 68. δ) Erfüllung der Bedingung. §. 69. ε) Wirkung der Bedingung. aa) Pendente und deficiente conditione. §. 70. bb) Wirkung der Erfüllung. §. 71. ζ) Insbesondere von unmöglichen Bedingungen. §. 72. b) Zeitbestimmung. §. 73. c) Modus. §. 74. 5) Auslegung der Rechtsgeschäfte. §. 75. 6) Wirkung der Rechtsgeschäfte, insbesondere in Beziehung auf dritte Personen. §. 76...78. 7) Von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. §. 79. 8) Insbesondere von Schenkungen. a) Begriff. §. 80. b) Erfordernisse der Schenkung unter Lebenden. §. 81. c) Wirkung der Schenkung. §. 82. d) Besondere Arten der Schenkung. §. 83. 60

D. Von unerlaubten Handlungen insbesondere. 1) Ueberhaupt. §. 84. 2) Von der Schuld bei widerrechtlichen Handlungen. a) Begriff und Art der Schuld. §. 85. b) Grade der Culpa. §. 86. 92

IV. Von der Zeit in ihrer Beziehung auf Entstehung und Endigung von Rechten. 1) Vom Einfluß der Zeit auf Rechtsverhältnisse im Allgemeinen. §. 87. 2) Zeiteintheilung. §. 88. 3) Berechnung von Zeiträumen. a) Civilcomputation. §. 89. b) Utile tempus. §. 90. 4) Unvordenkliche Zeit. §. 91. 96

Fünftes Capitel. Ausübung und Schutz der Rechte.

I. Ausübung der Rechte. §. 92. 106

II. Sicherung der Rechte. §. 93. 107

III. Selbsthülfe. §. 94. 110

IV. Gerichtliche Geltendmachung der Rechte. §. 95. 112

A. Von Klagen und Einreden. 1) Begriff und Voraussetzungen der Klagen. §. 96. 2) Arten der Klagen. a) Dingliche und persönliche 112

Seite

Klagen. §. 97. b) Erſatzklagen und Strafklagen. §. 98. c) Einſeitige und doppelſeitige Klagen. §. 99. d) Hiſtoriſch bedeutende Eintheilungen der Klagen. §. 100. 3) Von Einreden und Gegeneinreden. a) Begriff. §. 101. b) Gründe und Arten der Einreden. §. 102. 4) Aufhebung der Klagen und Einreden. §. 103. a) Tod einer Partei. §. 104. b) Concurrenz der Klagen. §. 105. c) Verjährung. α) Grund und Urſprung der Klagenverjährung. §. 106. β) Erforderniſſe der Klagenverjährung. aa) Beginn der Verjährungszeit. §. 107. bb) Ablauf der Verjährungszeit. §. 108. cc) Bona fides? §. 109. γ) Hinderungen der Verjährung. §. 110. δ) Wirkung der Klagenverjährung. §. 111. 5) Uebertragung der Klagen auf Andere. §. 112.

B. Von dem Streitverhältniß unter den Parteien. §. 113. 137

C. Vom Beweiſe. 1) Gegenſtand des Beweiſes. Beweislaſt. §. 114. 141
2) Beweisführung. Eid. 115.

D. Vom Urtheil. §. 116. 147

E. Von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand. 1) Begriff. §. 117. 149
2) Vorausſetzungen. a) Verletzung. §. 118. b) Reſtitutionsgründe. α) Minderjährigkeit. §. 119. β) Abweſenheit und ähnliche Umſtände. §. 120. γ) Zwang, Betrug, Irrthum. §. 121. c) Rechtzeitiges Geſuch. §. 122. 3) Verfahren. §. 123. 4) Wirkung. §. 124. 5) Beſchränkungen. §. 125.

Zweites Buch.

Von den Rechten an Sachen.

Erſtes Capitel. Von den Sachenrechten im Allgemeinen.

I. Weſen und Arten der Sachenrechte. §. 126. 163

II. Erwerb und Verluſt der dinglichen Rechte. §. 127. 165

III. Auflöſung der Erwerbs dinglicher Rechte. §. 128. 166

IV. Ausübung der Sachenrechte. Beſitz. §. 129. 167

Zweites Capitel. Vom Eigenthum.

I. Weſen und Inhalt des Eigenthums.

A. Nähere Beſtimmung des Begriffs. §. 130. 169

B. Beſchränkungen des Eigenthums: 1) Rückſichtlich der Verfügung über die Sache. §. 131. 2) Rückſichtlich der Verfügung über das Recht. §. 132. 170

C. Miteigenthum. §. 133. 173

D. Arten des Eigenthums. §. 134. 174

II. Eigenthumsbeſitz.

A. Begriff und rechtliche Bedeutung des Beſitzes. §. 135. 175

B. Arten des Beſitzes. Sprachgebrauch der Quellen §. 136. . . . 177

C. Subjecte des Beſitzes. §. 137. 179

D. Gegenſtände des Beſitzes. §. 138. 179

E. Erwerb des Beſitzes. 1) Durch eigene Handlung. §. 139. 2) Durch Stellvertreter. a) Mit dem Willen des Erwerbers. §. 140. b) Ohne Willen des Erwerbers. §. 141. 181

F. Verluſt des Beſitzes. 1) Im Allgemeinen. §. 142. 2) Im Falle der Stellvertretung. §. 143. 185

III. Eigenthumserwerb. §. 144. 188

A. Abgeleiteter Erwerb des Eigenthums. 1) Durch Uebergabe. Tradition. §. 145. 2) Durch richterlichen Zuſpruch. §. 146. 3) Durch 188

Seite

Verwirkung des bisherigen Eigenthümers. §. 147. 4) Andere Fälle. §. 148.

B. Ursprünglicher Erwerb. 1) Mit Rücksicht auf bisheriges Eigenthum des Erwerbers. a) Erwerb der Erzeugnisse. §. 149. b) Erwerb durch Verbindung. §. 150. α) Durch Vermischung. §. 151. β) Durch uebensächliche Verbindung. §. 152. c) Zuwachs der Grundstücke durch Aenderung des Flußbetts. §. 153. 2) Unabhängig von bisherigem Eigenthum des Erwerbers. a) Besitzergreifung herrenloser Sachen. §. 154. b) Neugestaltung einer Sache. §. 155. c) Erwerb der Früchte einer fremden Sache. §. 156. d) Ersitzung. §. 157. α) Von der ordentlichen Ersitzung. Erfordernisse derselben. aa) Besitz. §. 158. bb) Ein rechtmäßiger Erwerbgrund. §. 159. cc) Guter Glaube des Besitzers. §. 160. dd) Dauer des Besitzes. §. 161. ee) Ersitzungsfähigkeit der Sache. §. 162. ff) Unterbrechung und Stillstand der Ersitzung. §. 163. β) Außerordentliche Ersitzung. §. 164. 193

IV. Schutz des Eigenthums und des Eigenthumsbesitzes.

A. Eigenthumsklagen. §. 165. 1) Rei vindicatio. a) Voraussetzungen der Rei Vindicatio. §. 166. b) Erfolg der Rei Vindicatio. §. 167. c) Beschränkung des Erfolgs durch Ansprüche des Beklagten. §. 168. 2) Negatoria in rem actio. §. 169. 225

B. Schutz des Ersitzungsbesitzes. Publiciana in rem actio. §. 170. 233

C. Schutz des Eigenthumsbesitzes überhaupt. §. 171. 1) Interdicta retinendae possessionis. §. 172. 2) Interdicta recuperandae possessionis. §. 173. 235

V. Verlust des Eigenthums. §. 174. 241

Drittes Capitel. Von den Dienstbarkeiten.

I. Wesen derselben.

A. Begriffsbestimmung. §. 175. 241

B. Allgemeine Grundsätze. §. 176. 242

C. Haupteintheilung. §. 177. 243

D. Die einzelnen Arten der Dienstbarkeiten. 1) Persönliche Dienstbarkeiten. a) Der Nießbrauch. Usufructus. α) Begriff und Voraussetzungen. §. 178. β) Rechte des Nutznießers. §. 179. γ) Verbindlichkeiten des Nutznießers. §. 180. δ) Quasiusufructus. §. 181. b) Das Gebrauchsrecht. Usus. §. 182. 2) Grunddienstbarkeiten. a) Allgemeine Grundsätze. §. 183. b) Arten der Grunddienstbarkeiten. §. 184. c) Einzelne Gebäudedienstbarkeiten. §. 185. d) Einzelne Felddienstbarkeiten. §. 186. 245

II. Besitz der Dienstbarkeiten. §. 187. 262

III. Entstehung der Dienstbarkeiten.

A. Durch Bestellung. §. 188. 264

B. Durch Ersitzung. §. 189. 265

C. Kraft gesetzlicher Bestimmung. §. 190. 267

IV. Schutz der Dienstbarkeiten.

A. Schutz des Rechtes. Confessoria in rem actio. §. 191. . . . 267

B. Schutz des Besitzes der Dienstbarkeiten. §. 192. 269

V. Aufhebung der Dienstbarkeiten.

A. Durch den Willen des Berechtigten. §. 193. 272

B. Aus andern Gründen. §. 194. 274

Seite
Viertes Capitel. Von der Emphyteuse und Superficies. §. 195. . . 277
I. Von der Emphyteusis insbesondere.
A. Begriff. Rechte der Emphyteuta. §. 196. 279
B. Verbindlichkeiten des Emphyteuta. §. 197. 281
C. Entstehung der Emphyteuse. §. 198. 282
D. Aufhebung der Emphyteuse. §. 199. 282
II. Von der Superficies. §. 200. 284

Drittes Buch.

Von den Obligationen.

Erstes Capitel. Von den Obligationen überhaupt.
I. Wesen und Inhalt der Obligationen.
A. Begriff. §. 201. 286
B. Gegenstand. 1) Allgemeine Erfordernisse. §. 202. 2) Bestimmtheit des Gegenstandes. §. 203. 3) Theilbarkeit des Gegenstandes. §. 204. 4) Einzelne besondere Gegenstände. a) Geldzahlung. §. 205. b) Schadenersatz. §. 206. c) Zinszahlung. §. 207...210. d) Strafzahlung. §. 211. 287
C. Subjecte der Obligatio. 1) Im Allgemeinen. §. 212. 2) Mehrheit der Subjecte. §. 213...216. 307
D. Klagbarkeit der Obligatio. §. 217. 316
II. Ausübung der Obligationen. §. 218. 320
A. Von der Erfüllung. 1) Gegenstand derselben. §. 219. 2) Zeit der Erfüllung. §. 220. 3) Ort der Erfüllung. §. 221. 4) Modificationen der Erfüllung. a) Hinsichtlich des Gegenstandes. §. 222. b) Hinsichtlich der Zeit. α) Durch erzwungene Stundung. §. 223. β) Durch Güterabtretung. §. 224. γ) Durch die Rechtswohlthat der Competenz. §. 225. 320
B. Von Collision der Ausübung mehrerer Forderungen. §. 226...228. 330
III. Entstehung der Obligationen. §. 229. 335
A. Rechtsgeschäfte. §. 230. 1) Verträge. a) Eingehung von Schuldverträgen. α) Willenserklärung. §. 231. β) Form der Verträge. §. 232. b) Inhalt der Schuldverträge. §. 233...236. c) Mängel des Willens bei Verträgen. §. 237...239. d) Bestärkung der Verträge. §. 240. 2) Pollicitatio. §. 241. 3) Quasicontracte. §. 242. 336
B. Unerlaubte Handlungen. §. 243. 354
C. Zustände. §. 244. 355
D. Stellvertretung bei Entstehung von Obligationen. §. 245. 1) Erwerb von Forderungen durch Stellvertreter. §. 246. 2) Verpflichtung durch Stellvertreter. a) Durch abhängige Personen. §. 247. b) Durch freie Stellvertreter. §. 248. 355
IV. Aenderung bestehender Obligationen. 1) Durch Verabredung. §. 249. 2) Durch Verletzung. a) Durch Verschulden des Verpflichteten. Dolus und Culpa. §. 250. b) Durch Verzug. Mora. §. 251. c) Durch Ablängnung oder Weigerung. §. 252. 3) Durch Zufall. §. 253. 364
V. Uebertragung von Obligationen. Cession. §. 254. 376
A. Erfordernisse der Cession. §. 255. 379
B. Wirkung der Cession. §. 256...257. 381

Seite
C. Beschränkungen der Cession. 1) Rücksichtlich der Zulässigkeit. §. 258. 2) Rücksichtlich der Wirkung. §. 259. 384
VI. Aufhebung der Obligationen. §. 260. 387
A. Durch Zahlung. §. 261...263. 387
B. Durch Compensation. §. 264...266. 390
C. Durch Vertrag. 1) Schlechthin befreiender Vertrag. §. 267. 2) Bedingt befreiende Verträge. a) Novation. §. 268. b) Vergleich. §. 269. c) Compromiß. §. 270. 297
D. Durch Rechtsstreit. §. 271. 408
E. Durch Bedingung und Zeitbestimmung. §. 272. 410
F. Durch Wegfall des Subjectes der Obligatio. §. 273. 411
G. Durch Wegfallen des Inhalts der Obligatio. 1) Durch Unmöglichkeit der Erfüllung. a) Im Allgemeinen. §. 274. b) Insbesondere bei gegenseitigen Obligationen. §. 275. 2) Durch andere Umstände. §. 276. 413
H. Durch Verwirkung des Gläubigers und Verjährung. §. 277. . . 417
Zweites Capitel. Von einzelnen Schuldverhältnissen. §. 278. . . . 418
I. Obligationen aus Verträgen und verwandte Verhältnisse.
A. Einseitige Obligationen. 1) Das Schenkungsversprechen. §. 279. 2) Das Darlehen. a) Begriff und Wirkung. §. 280. b) Beweis des Darlehens. §. 281. c) Beschränkung des Darlehens. §. 282. d) Verzinsliches Darlehen. §. 283. 3) Obligationen auf Rückerstattung bestimmter Sachen. a) Leihvertrag. Commodatum. §. 284. b) Hinterlegungsvertrag. Depositum. α) Regelmäßiges Depositum. §. 285. β) Unregelmäßiges Depositum. §. 286. γ) Sequestration. §. 287. c) Pfandvertrag. §. 288. d) Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. §. 289. e) Trödelvertrag. §. 290. 4) Obligationen wegen Geschäftsführung. a) Auftrag. Mandatum. α) Wesen desselben. §. 291. β) Verbindlichkeiten des Mandatars. §. 292. γ) Verbindlichkeiten des Mandanten. §. 293. δ) Aufhebung des Mandats. §. 294. ε) Besondere Arten des Mandats. §. 295. b) Geschäftsführung kraft öffentlichen Auftrags. Cura bonorum. §. 296. c) Geschäftsführung ohne Auftrag. Negotiorum gestio. §. 297...299. 419
B. Wesentlich gegenseitige Schuldverhältnisse. 1) Der Kaufvertrag. a) Voraussetzungen. α) Begriff und Gegenstand. §. 300. β) Schließung des Vertrags. §. 301. b) Wirkungen des Kaufvertrages. α) Beim Kauf von Sachen. aa) Im Allgemeinen. §. 302. bb) Verbindlichkeit wegen Entwährung. §. 303. cc) Gewähr der Mängel der Sache. §. 304. β) Bei andern Kaufgegenständen. §. 305. c) Nebenverträge beim Kauf. §. 306. d) Aufhebung des Kaufes. §. 307. 2) Der Tauschvertrag. §. 308. 3) Miethverträge. §. 309. a) Locatio conductio rerum. α) Voraussetzungen. §. 310. β) Wirkungen. aa) Verbindlichkeiten des Vermiethers. §. 311. bb) Verbindlichkeiten des Miethers. §. 312. γ) Endigung des Miethverhältnisses. §. 313. b) Locatio conductio operarum. Dienstmiethe i. e. S. §. 314. c) Locatio conductio operis. Verdingungsvertrag. α) Begriff und Wirkungen im Allgemeinen. §. 315. β) Insbesondere von der Lex Rhodia de iactu. §. 316. 4) Gesellschaft. a) Begriff und Entstehung 438

Seite

der Gesellschaft. §. 317. b) Wirkungen des Gesellschaftsvertrages. §. 318. c) Endigung der Gesellschaft. §. 319. 5) Gemeinschaft. §. 320. 6) Gränzscheidung. §. 321.

II. Obligationen aus unerlaubten Handlungen, und verwandte Fälle. §. 322. 473

A. Entwendung. §. 323. 473

B. Beschädigung. 1) Entschädigungspflicht nach der lex Aquilia. §. 324. 475
2) Besondere Fälle. §. 325. 3) Haftung für Beschädigung durch Andere. §. 326. 4) Beschädigung durch Thiere. §. 327. 5) Beschädigung durch andere Sachen. Cautio damni infecti. §. 328.

C. Widerrechtliche Störung thatsächlicher Zustände. 1) Interdictum 482
quod vi aut clam. §. 329. 2) Operis novi nuntiatio. §. 330. 3) Aquae pluviae arcendae actio. §. 331. 4) Interdicte zum Schutze des Gebrauches öffentlicher Sachen. §. 332.

D. Gewalt und Drohung. §. 333. 488

E. Betrug und Arglist. 1) Doli actio. §. 334. 2) Arglistige Störung 489
der Rechtshülfe. §. 335. 3) Calumnia. §. 336. 4) Actio servi corrupti. §. 337.

F. Verletzung besonderer Berufspflicht. §. 338. 492

G. Verletzung gegen die Person. Iniuria. §. 339. 493

III. Die übrigen vermischten Fälle von Obligationen.

A. Klagen auf Rückerstattung grundlosen Gewinnes. §. 340. 1) Con- 495
dictio indebiti. §. 341. 2) Condictio ob causam datorum. §. 342. 3) Condictio ob turpem causam. §. 343. 4) Condictio ob iniustam causam. §. 344. 5) Condictio sine causa. §. 345.

B. Actio ad exhibendum. §. 346. 504

C. Klagen auf Gestattung der Wegnahme von Sachen. §. 347. . . 505

D. Verbindlichkeit zum Unterhalt einer Person. §. 348. 506

Drittes Capitel. Von Sicherung der Forderungen durch Bürgschaft.

I. Begriff der Bürgschaft. §. 349. 508

II. Formen der Verbürgung.

A. Nach römischem Recht. 1) Fideiussio. §. 350. 2) Das sogenannte 509
constitutum debiti alieni. §. 351. 3) Das sog. mandatum qualificatum oder der Creditauftrag. §. 352.

B. Nach heutigem Recht. §. 353. 513

III. Wirkungen der Bürgschaft.

A. Haftung des Bürgen im Allgemeinen. §. 354. 515

B. Schutzmittel des Bürgen. §. 355. 516

C. Regreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner. §. 356. 519

IV. Aufhebung der Obligatio des Bürgen. §. 357. 521

V. Beschränkungen der Bürgschaft. §. 358. 524

A. Senatusconsultum Velleianum. §. 359...361. 525

B. Besondere Form für Interceſſionen der Frauen. §. 362. 530

C. Beschränkung der Interceſſion der Ehefrauen. §. 363. 530

Viertes Capitel. Von Sicherung der Forderungen durch Pfandrecht.

I. Wesen des Pfandrechts im Allgemeinen.

A. Begriff. §. 364. 531

B. Arten des Pfandrechts. §. 364. 533

C. Voraussetzungen des Pfandrechts. 1) Eine Schuldforderung. §. 366. 534
2) Ein Gegenstand der Verpfändung. §. 367.

Seite
D. Umfang des Pfandrechts. 1) Bezüglich des Gegenstandes. §. 368. 537
2) Bezüglich der Forderung. §. 369.
II. Erwerb des Pfandrechts. §. 370. 539
A. Entstehung eines Pfandrechts. Durch Privatdisposition. §. 371. 540
2) Durch richterliche Verfügung. §. 372. 3) Durch Rechtssatz. §. 373.
B. Uebertragung eines Pfandrechts. §. 374. 546
III. Rechte der Pfandgläubiger.
A. Abgesehen vom Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte. 1) Bei 547
Verpfändung von Sachen. a) Verkaufsrecht. §. 375. b) Recht des Zuschlags. §. 376. c) Retentionsrecht wegen anderer Forderungen. §. 377. d) Klagen. α) Dingliche Pfandklage. §. 378. β) Interdictum Salvianum. §. 379. γ) Andere Schutzmittel des Pfandgläubigers. §. 380. e) Nutzung des Pfandes. §. 381. 2) Bei Verpfändung anderer Gegenstände. §. 382.
B. Beim Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte. §. 383. 1) Bestim- 556
mung der Priorität. a) Nach dem Alter der Pfandrechte. §. 384. b) Besondere Vorzugsrechte. α) Privilegirte Pfandrechte. §. 385. β) Vorzug der öffentlichen Pfandrechte. §. 386. 2) Recht des vorgehenden Pfandgläubigers. §. 387. 3) Recht des nachstehenden Pfandgläubigers. §. 388.
IV. Endigung des Pfandrechts.
A. Aus Gründen allgemeiner Art. §. 389...390. 568
B. Aus besonderen pfandrechtlichen Gründen. 1) Tilgung der Pfand- 572
forderung. §. 391. 2) Verkauf des Pfandes. §. 392.

Viertes Buch.

Von den Familienverhältnissen.

Erstes Capitel. Von der Ehe.
I. Wesen der Ehe. Entstehung und Ende. §. 393. 575
II. Einfluß der Ehe auf das Vermögen. §. 394. 577
A. Die Dos. 1) Begriff. §. 395. 2) Dotationsverbindlichkeit. §. 396. 577
3) Bestellung der Dos. a) Dotalversprechen. §. 397. b) Dotis datio. §. 398. c) Zeit der Bestellung §. 399. d) Nebenberedungen. §. 400. 4) Rechtsverhältniß der Dos. a) Während der Ehe. α) Rechte des Mannes. §. 401...403. β) Rechte der Frau. §. 404. b) Nach Endigung der Ehe. Rückgabe der Dos. α) Rückempfänger der Dos. §. 405. β) Gegenstand der Restitution. aa) Bezüglich der Hauptsache. §. 406. bb) Nebensachen. §. 407. cc) Gegenansprüche. §. 408. γ) Zeit der Restitution. §. 409. δ) Klagen. aa) Die persönliche Dotalklage. §. 410. bb) Dingliche Klagen. §. 411.
B. Paraphernalgut der Frau. §. 412. 603
C. Donatio propter nuptias. §. 413. 604
D. Schenkungen unter Ehegatten. §. 414. 605
E. Entwendungen unter Ehegatten. §. 415. 607
F. Vermögensrechtliche Folgen der Ehescheidung. §. 416. 608
G. Folgen der Wiederverheirathung. §. 417. 609
H. Besondere Folgen vorzeitiger Wiederverheirathung. §. 418. . . . 612
Zweites Capitel. Vom Verhältniß unter Aeltern und Kinder. §. 419. 613
I. Von der väterlichen Gewalt.

Seite

A. Entstehung derselben. 1) Durch Geburt. §. 420. 2) Durch Legitimation. §. 421. 3) Durch Adoption. §. 422...425. 614
B. Aufhebung der väterlichen Gewalt. §. 426...427. 619
C. Rechtliche Bedeutung der väterlichen Gewalt. 1) Im Allgemeinen. §. 428. 2) Insbesondere in Ansehung des Vermögens. a) Römisches Recht. §. 429. α) Das sog. peculium profectitium. §. 430. β) Castrense vel quasi castrense peculium. §. 431. γ) Bona adventitia regularia. §. 432...433. δ) Bona adventitia irregularia. §. 434. ε) Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind. §. 435. b) Heutige Geltung des römischen Rechts. §. 436. 622

II. Vom Verhältniß der Aeltern zu den Kindern überhaupt.
A. Zu leiblichen Kindern. §. 437. 635
B. Zu angenommenen Kindern. §. 438. 637

Drittes Capitel. Von der Vormundschaft.
I. Begriff und Arten, §. 439...441. 638
II. Begründung der Vormundschaft.
A. Fähigkeit zur Vormundschaft. §. 442...443. 641
B. Berufung zur Vormundschaft. Delation. §. 444...446. . . . 642
C. Pflicht zur Uebernahme der Vormundschaft. §. 447. 645
D. Anstellung des Vormundes. §. 448. 648
III. Endigung der Vormundschaft. §. 449...450. 649
IV. Rechtsverhältnisse der Vormundschaft.
A. Sorge für die Person des Mündels. §. 451. 651
B. Mitwirkung bei Handlungen des Mündels. §. 452. 652
C. Verwaltung der Vormünder. 1) Im Allgemeinen. §. 453. 2) Erhaltung des Vermögens. §. 454. 3) Vermehrung des Vermögens. §. 455. 4) Veräußerungen. §. 456...457. 5) Verwaltung mehrerer Vormünder. §. 458. 6) Klagen wegen vormundschaftlicher Verwaltung. a) Zwischen Mündel und Vormund. §. 459. b) Klagen gegen Nebenpersonen. §. 460. 655
V. Von Protutoren. §. 461. 662
VI. Von der Obervormundschaft. §. 462. 663

Fünftes Buch.

Von der Erbschaft. §. 463.

Erstes Capitel. Von der Erbfolge im eigentlichen Sinn.
I. Wesen und Voraussetzungen der Erbfolge.
A. Begriff und Umfang der Erbfolge. §. 464...465. 666
B. Unterschied der civilrechtlichen und prätorischen Erbfolge. §. 466...468. 669
C. Voraussetzungen der Erbfolge. 1) Tod einer vermögensfähigen Person. §. 469. 2) Erbberechtigung einer bestimmten Person. Delation. a) Art der Berufung. §. 470. b) Erbfähigkeit. §. 471. 3) Antritt der Erbfolge. Acquisition. §. 472. 672
II. Von der Berufung zur Erbschaft.
A. Von der gesetzlichen Erbfolge. §. 473. 1) Die ordentliche Erbfolge der Verwandten. a) Berechtigung zur Verwandtenerbfolge. α) Im Allgemeinen. §. 474. β) Vermöge der Adoptivverwandtschaft. §. 475. γ) Vermöge unehelicher Verwandtschaft. §. 476. b) Erbfolgeordnung der Verwandten. α) Classen derselben. §. 477. β) Nacheinanderfolge 675

Seite

der verschiedenen Classen und Grade. §. 478. c) Theilung der Erbfolge unter Mehrere. §. 479. 2) Ordentliches Erbrecht des Ehegatten. §. 480. 3) Außerordentliche Erbfolge. a) Der armen Wittwe. §. 481. b) Der natürlichen Kinder und ihres Erzeugers. §. 482.

B. Von der testamentarischen Erbfolge. 1) Begriff des Testaments. §. 483. 2) Fähigkeit zur Testamentserrichtung. §. 484. 3) Form des Testaments. a) Privattestamente. α) Regelmäßige Form. §. 485...486. β) Außerordentliche Form. aa) Wegen der Person des Testators. §. 487. bb) Wegen besonderer Umstände bei der Errichtung. §. 488. cc) Wegen des Inhalts des Testaments. §. 489. b) Oeffentliche Testamente. §. 490. 4) Inhalt des Testaments. a) Ueberhaupt. §. 491. b) Von der Erbeinsetzung insbesondere. α) Fähigkeit des eingesetzten Erben. §. 492. β) Form der Erbeinsetzung. §. 493. γ) Einsetzung mehrerer Erben. §. 494. δ) Nebenbestimmungen der Erbeinsetzung. §. 495. ε) Substitutionen. aa) Vulgarsubstitution. §. 496. bb) Pupillarsubstitution. §. 497...498. cc) Quasipupillarsubstitution. §. 499. 5) Gemeinschaftliche und wechselseitige Testamente. §. 500. 6) Aufhebung des Testaments. a) Durch den Willen des Testators. §. 501...502. b) Aus andern Gründen. §. 503. 7) Eröffnung und Vollziehung der Testamente. §. 504. 8) Zeitpunkt der testamentarischen Delation der Erbschaft. §. 505. 687

III. Von dem Erwerbe der Erbschaft.

A. Art und Weise desselben. 1) Durch Antretung. a) Fähigkeit zur Erwerbhandlung. §. 506. b) Willensbestimmung. §. 507. c) Willenserklärung. §. 508. d) Zeit der Erbantretung. §. 509. e) Ablehnung der Erbschaft. §. 510. 2) Erwerb ohne Willen. §. 511. 715

B. Erwerb der Erbschaft durch einen Andern als den Delaten. §. 512. 1) Sog. transmissio ex capite infantiae oder ex iure patrio. §. 513. 2) Sog. transmissio Theodosiana. §. 514. 3) Sog. transmissio Justinianea. §. 515. 4) Sog. transmissio ex capite in integrum restitutionis. §. 516. 723

C. Gegenstand der Erwerbung. Anwachsungsrecht. §. 517...518. . 729

D. Aufhebung des Erbschaftserwerbes. 1) Durch den Willen des Erben. §. 519. 2) Ohne Willen des Erben. Ereption. §. 520. 732

IV. Rechtsverhältniß der Erben.

A. Im Allgemeinen. §. 521. 735

B. Verhältniß zu den Gläubigern. 1) Regel. §. 522. 2) Modificationen der Regel. a) Durch Inventarserrichtung. §. 523. b) Durch Gütertrennung. §. 524. c) Verpflichtung durch letztwillige Verfügung des Erblassers. §. 525. 738

C. Rechtsverhältniß der Miterben. 1) Theilung der Erbfolge. §. 526. 2) Theilung der Erbmasse. §. 527. 3) Collationsverbindlichkeit. §. 528...530. 741

E. Rechtlicher Schutz des Erbverhältnisses. 1) Die ordentliche Erbrechtsklage. §. 531...534. 2) Provisorischer Schutz des Erbrechts. a) Wegen Wahrscheinlichkeit des Erbrechts. §. 535. b) Bei sonst noch ungewissem Erbrecht. α) Missio in possessionem ventris 747

Seite

nomine. §. 536. β) Bonorum possessio ex Carboniano edicto. §. 537. γ) Bonorum possessio furiosi nomine. §. 538. δ) Bei bedingter Erbeinsetzung. §. 539.

F. Veräußerung der Erbschaft. §. 540. 757

Zweites Capitel. Von den Vermächtnissen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

A. Begriff und Arten der Vermächtnisse. §. 541. 758

B. Errichtung der Vermächtnisse. 1) Subjecte. §. 542...544. 2) Form der Errichtung. §. 545...546. 3) Inhalt der Vermächtnisse. a) Im Allgemeinen. §. 547. b) Nebenbestimmungen. §. 548. c) Substitution bei Vermächtnissen. §. 549. 4) Regula Catoniana §. 550. 759

C. Aufhebung der Vermächtnisse. 1) Durch den Willen des Erblassers. §. 551. 2) Aus andern Gründen. §. 552...553. 768

D. Erwerb der Vermächtnisse. 1) Zeitpunkt des Erwerbs. §. 554. 2) Annahme und Ablehnung. §. 555. 3) Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen. §. 556. 4) Aufhebung des Erwerbs. 557. 771

E. Das Recht des erworbenen Vermächtnisses. 1) Die Vermächtnißforderung. §. 558...559. 2) Dinglicher Rechtserwerb durch Vermächtniß. §. 560. 776

F. Rechte des Vermächtnißträgers, insbesondere nach der lex Falcidia. §. 561. 1) Das Recht der quarta Falcidia. §. 562. 2) Berechnung der Quarta. §. 563. 3) Abzug der Quarta von verschiedenen Erbtheilen. §. 564...565. 4) Wegfall des Abzugs. §. 566...567. 779

II. Von einzelnen Arten der Singularvermächtnisse insbesondere. §. 568.

A. Vermächtniß einzelner bestimmter Sachen. §. 569. 788

B. Vermächtniß einer Sachgesammtheit. §. 570. 790

C. Vermächtniß einer Summe oder Quantität. §. 571. 791

D. Vermächtniß einer Rente. §. 572. 791

E. Vermächtniß des Lebensunterhalts. §. 573. 792

F. Vermächtniß einer Gattungssache. §. 574. 793

G. Vermächtniß dinglicher Rechte. §. 575. 794

H. Vermächtnisse in Beziehung auf Forderungen. §. 576. 796

I. Vermächtniß der Dos. §. 577. 799

K. Vermächtniß eines Vermögensinbegriffs. §. 578. 800

L. Wahlvermächtnisse. §. 579. 800

III. Vom Universalvermächtniß.

A. Begriff und Voraussetzungen. §. 580...581. 802

B. Recht des Universalvermächtnisses. §. 582. 1) Wenn der Fiduciar freiwillig die Erbschaft annimmt. a) Verbindlichkeit des Fiduciars. §. 583. b) Rechte des Fiduciars. Sog. quarta Trebellianica. §. 584. c) Wirkungen der Restitution. §. 585...586. 2) Wenn der Fiduciar die Erbschaft nicht annimmt. §. 587. 3) Bei successivem Universalvermächtniß. §. 588. 805

IV. Von Schenkungen auf den Todesfall. §. 589...590. 812

Drittes Capitel. Von Erbausprüchen gegen den letzten Willen des Erblassers. §. 591. 814

I. Recht der Kinder und Aeltern. §. 592. 815

A. Pflichttheilsrecht der Aeltern und Kinder. 1) Größe und Berechnung des Pflichttheils. §. 593. 2) Hinterlassung des Pflichttheils. 816

Seite

§. 594...595. 3) Schutz des Pflichttheils. a) Gegen Verletzung durch den letzten Willen. §. 596. b) Gegen Verletzung durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden. §. 597.

B. Anspruch auf Erbeinsetzung. 1) Vorschrift der Erbeinsetzung. §. 598. 2) Folgen der Verletzung. §. 599...600. 822

C. Ausschließung der Kinder und Aeltern. 1) Gründe. §. 601. 2) Art und Weise der Ausschließung. §. 602. 3) Enterbung in wohlmeinender Absicht. §. 603. 826

II. Recht der Geschwister. §. 604...605. 830

III. Recht der dürftigen Wittwe. §. 606. 834

IV. Recht des unmündig Arrogirten. §. 607. 834

Viertes Capitel. Von dem Erwerb erbloser Güter und andern der Erbfolge analogen Fällen. §. 608...610. 835

Einleitung.

I. Begriff des Pandectenrechts.

§. 1.

Pandectenrecht nennen wir das römische Privatrecht mit Rücksicht auf seine Geltung als gemeines Recht in Deutschland.

Anm. Pandectenrecht = gemeines Civilrecht? heutiges römisches Recht? Vgl. Arndts jur. Encyklopädie §. 153...156.

II. Quellen des Pandectenrechts.

A. Verschiedene Classen derselben.

§. 2.

1) Römisches Recht.

Das römische Recht ist in der Gestalt, in welcher es durch die gesetzgeberische Thätigkeit des Kaisers Justinian I., in den Jahren 527 bis 565 nach Chr., abgeschlossen und nach der Eroberung Italiens auch dort eingeführt worden ist, später auch in Deutschland, wie in andern Ländern Europa's, als gemeines Recht recipirt worden, so weit es von den Glossatoren, den Lehrern der Rechtsschule zu Bologna im 12. und 13. Jahrhundert, als gültig betrachtet und behandelt worden ist.

Anm. [1] Die Bestandtheile der Justinianischen Rechtsquellen (corpus iuris civilis) sind 1) die Institutionen, in vier Büchern, publicirt den 21. Nov. 533, mit Gesetzeskraft vom 30. Dec. 533. 2) die Pandecten (Pandectae oder Digesta), in fünfzig Büchern, publ. den 16. Dec. 533, ebenfalls mit Gesetzeskraft vom 30. Dec. 3) der codex constitutionum Justinianeus (codex repetitae praelectionis, im Gegensatz gegen den ältern Codex vom Jahr 529), in zwölf Büchern, publ. den 16. Nov. 534, mit Gesetzeskraft vom 29. Dec. 534. 4) die Novellen (novellae constitutiones), einzeln erlassen von 535...565. Die reichhaltigste (nicht officielle, den Glossatoren noch unbekannte) Sammlung

besteht aus 168 Nummern, enthält jedoch in der That nur 153 verschiedene Novellen Justinians, indem die Novellen 140. 144. 148. 149. 161. 163. 164. von Justinians Nachfolgern, Justinus II. und Tiberius II., herrühren, Nr. 165...168 nur formae praefectorum, und Nov. 32. und 34., 41. und 50., 75. und 104., 143. und 150. nicht verschiedene Constitutionen sind. Außerdem sind uns noch 13. Edicte von Justinian in einer Sammlung und einige andere einzelne Constitutionen erhalten.

[2] Ueber die Schicksale der Justinianischen Rechtsquellen im Mittelalter und insbesondere den Einfluß der Glossatoren auf dieselben vergl. vorzüglich F. K. von Savigny Gesch. des röm. Rts. im Mittelalter. 6 Bde. Heidelb. 1815...1831, 2. Ausg. Bd. 1...3. 1834, Bd. 3...6. 1850., Bd. 7. (Zusätze und Register) 1851.; über die Novellen insbesondere F. A. Biener Gesch. der Novellen Justinians. Berlin 1824. Eine Uebersicht der Novellen nach ihrer Ordnung in den verschiedenen Sammlungen gibt Böcking im Anh. IV. zu seinen Institutionen Bd. 1. (zweiter Ausgabe. 1853.).

[3] Ueber die Reception des römischen Rechts vergl. Arndts Encyklopädie §. 115...117, insbesondere über die Regel: quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia, Savigny System des R. R. Bd. I. S. 66...76. Osenbrüggen in Linde's Ztschr. für Civilrt. und Proc. XV. 9. — Nicht glossirt sind:

a) in den Pandecten L. 7. §. 5. L. 8...11. D. de bon. damn. 48. 20., L. 10...19 D. de interd. et releg. 48. 22.

b) im Codex: I. 1. c. 3. 5. 6. 7., I. 2. c. 15. 17. 18. 20. 24. 25. 26., I. 3. c. 29. 30. 36. 39. 40. 42...48. 53. 55. 57., I. 4. c. 14. 17. 18. 20. 22. 23. 25. 26. 29. 30. 32. 33. 34., I. 5. c. 9. 11...18. 20., I. 9. c. 2. 18., I. 10. c. 2., I. 11. c. 9. 10., I. 12. c. 3. 7. 8., I. 14. c. 10., I. 15. c. 2., I. 17. c. 3., I. 26. c. 6., I. 27. c. 1. §. 8. c. 2. §. 19...23., I. 33. c. 2., I. 52. c. 13., II. 2. c. 4., II. 7. c. 18. 19., II. 13. c. 27. 28., II. 59. c. 3.; III. 1. c. 11. 12., III. 2. c. 2. 4. 5., III. 10. c. 1. 2., III. 43. c. 1. 2., III. 44. c. 15.; IV. 20. c. 1. 13. 15. 16., IV. 21. c. 16. 22., IV. 24. c. 1., IV. 32. c. 29. 30., IV. 35. c. 24., IV. 62. c. 5., IV. 65. c. 33.; V. 1. c. 6., V. 4. c. 8b. (l. manifestum zwischen c. 8. u. 9.) und c. 29., V. 9. c. 11. et sqq., V. 17. c. 12.; VI. 4. c. 4., VI. 34. c. 4., VI. 48. c. un.; VII. 45. c. 15., VII. 51. c. 5., VII. 62. c. 35. 36., VIII. 10. c. 12., VIII. 12. c. 3., VIII. 40. c. 1., VIII. 41. c. 29., VIII. 52. c. 4.; IX. 4. c. 6., IX. 5. c. 2., IX. 6. c. 1., IX. 8. c. 6., IX. 9. c. 37., IX. 16. c. 4b. (l. liceat?) IX. 29. c. 2., IX. 47. c. 26., IX. 49. c. 11.; X. 1. c. 11., X. 3. c. 7., X. 11. c. 7. 8., X. 16. c. 1. 13., X. 19. c. 9., X. 27. c. 2. 3., X. 30. c. 4., X. 55. c. 1.; XI. 1. c. 1. 2., XI. 7. c. 16., XI. 40. c. 7., XI. 47. c. 18., XI. 53. c. 2.; XII. 34. c. 8., XII. 38. c. 18. 19., XII. 41. c. 12., XII. 48. c. 3., XII. 61. c. 7., XII. 64. c. 2. Diese unglossirten Stellen sind meistens ursprünglich griechische, daher in den abendländischen Handschriften vernachlässigte und erst seit dem 16. Jahrh. aus Handschriften des Codex oder andern namentlich byzantinischen Quellen restituirte Constitutionen (leges restitutae); vergl. K. Witte, die leges restitutae des Just. Codex. Breslau 1830. F. A. Biener und G. E. Heimbach, Beitr. zur Revision

des just. Codex in Savigny's Ztschr. für geschichtl. Rtsw. VII. 5. 8. VIII. 2., auch besonders gedruckt, Berl. 1833.

c) von den Novellen, nach der Sammlung von 168 Nummern, N. 11. 13. 21. 24...52. 35...37. 122. 126. 129. 130. 133. 135...142. 144 ..158. 160...168, zusammen 72, während 96 glossirt sind. Vergl. Biener a. a. O. Anh. II. Böcking a. a. O. Anh. III. IV.

[4] Im Codex sind durch die Glossatoren an geeigneten Orten auch 13 Constitutionen der Kaiser Friedrich I. und II. eingeschaltet, welche gleich andern aus Justinianischen Novellen entlehnten Einschiebseln Authenticae genannt werden und mit dem Codex recipirt sind. Sie sind die Auth. *sacramenta puberum* nach L. 1. Cod. si adv. vend. 2. 28., u. auth. *habita* nach L. 5. Cod. ne filius pro patre. 4. 13. von Friedrich I., dann von Friedrich II. die auth. *Cassa* nach L. 12. Cod. de sacrosanct. eccles. 1. 2., auth. *item nulla, item quaecunque, statuimus*, im tit. Cod. de episcop. 1. 3., *statuimus hoc* nach L. 19. Cod. de episcop. aud. 1. 4., *si vero dominus, credentes, gazaros* nach L. 4. u. 19. Cod. de haeret. 1. 5., *navigia* nach L. 18. Cod. de furt. 6. 2., *omnes peregrini* nach L. 10. Cod. commun. de succ. 6. 59., und auth. *agricultores* nach L. 8. Cod. quae res pign. 8. 17.

[5] Ueber die Ausgaben des corpus iuris civilis, glossirte und unglossirte, vergl. E. Spangenberg, Einl. in das Römisch-Justin. Rechtsbuch. Hannover 1817. J. L. G. Beck, indicis codicum et editionum iur. Just. prodromus. Lipsiae 1823. Prodromus corp. iur. civ. a Schradero, Clossio, Tafelio edendi. Berol. 1823. — Neuere Ausgaben sind: 1) Corp. iur. civ. edid. J. L. G. Beck Lips. 1825...36. 8. 5 Bde., auch stereotyp in 1 oder 2 Bdn. 4. 2) Corp. iur. civ., recognoverunt annotationibusque criticis instructum ediderunt Alb. et Maur. fratres Kriegelii, Aemil. Herrmann, Ed. Osenbrüggen. Opus uno volumine absolutum; Lips. 1843. (Der erste Theil, Inst. und Pand. enthaltend, von den Gebrüdern Kriegel schon 1833 vollendet, der Codex von Herrmann 1843., die Novellen von Osenbrüggen 1840.). 3) Corp. iur. civ. recensuit, perpetuo commentario instruxit Ed. Schrader. tom. I. (institut.) Berol. 1832...40. Vergl. auch noch Böcking a. a. O. Anh. V. „Über Handschriften und Ausgaben der Justinianischen Rechtswerke."

[6] Unsere Art einzelne Stellen zu allegiren, erklärt sich durch folgende Beispiele: a) aus den Institutionen: pr. §. 6. J. de legatis 2. 20. b) aus den Pandecten: L. 1. pr. §. 14. D. ad legem Falcidiam. 35. 2. L. 60. D. de legatis I. (30), II. (31), III. (32). c) aus dem Codex: L. 1. pr. §. 6. Cod. de caducis tollendis. 6. 51. d) aus den Novellen: nov. 89. cap. 12. pr. §. 4.

§. 3.

2) Canonisches Recht.

Das canonische Recht ist als gemeines Recht, nicht bloß für kirchliche Verhältnisse, recipirt worden, so wie es in verschiedenen im Mittelalter entstandenen Sammlungen enthalten ist, die zusammen das sog. corpus iuris canonici (clausum) bilden. Für das

Pandectenrecht ist das canonische Recht nur von untergeordneter Bedeutung, als weitere Entwicklung des römischen Rechts.

Anm. [1] Die Bestandtheile des corpus iur. canon. sind 1) das Decretum (Gratiani), das Werk eines Mönchs in Bologna (1141...1145.), welches durch den Gebrauch Gesetzesansehen erhalten hat, jedoch nur für die aufgenommenen Beweisstellen (canones, capitula), nicht für die eigenen Sätze des Verfassers (dicta Gratiani). Es besteht aus drei Theilen. Der erste zerfällt in 101 Distinctionen; man citirt daraus z. B. cap. oder can. 1. 2. Dist. 10. Der zweite enthält 36 causae, deren jede in verschiedenen Quästionen abgehandelt wird; man citirt z. B. cap. 1. C. 12. qu. 1. Die qu. 3. der causa 33. aber enthält einen besondern Tractat de poenitentia, der wieder in 7 Distinctionen zerfällt, citirt z. B. cap. 6. D. 3. de poenit. Der dritte Theil endlich zerfällt wieder in 5 Dist., und wird nach der Ueberschrift des ersten Abschnittes: de consecratione genannt. 2) Decretales Gregorii IX., publicirt 1234, in 5 Büchern, diese in Titel abgetheilt, in welchen die betreffenden päpstlichen Verfügungen zusammengestellt sind. Man allegirt daraus z. B. cap. 6. X. de probat. 2. 19. (X. d. i. extra, sc. extra decretum Gratiani vagantes decretales.) 3) Liber sextus decretalium, so genannt als Zugabe zu den fünf Büchern der Gregorischen Sammlung, selbst aber auch wieder in fünf Bücher und Titel eingetheilt, publicirt von Bonifacius VIII. 1298. Man citirt daraus z. B. cap. 1. de praescript. in 6to 2. 13. 4) Clementinae, sc. constitutiones in concilio Viennensi (1311) editae, von Clemens V. publicirt 1313, den Universitäten Bologna und Paris zugesandt 1317, ebenfalls in fünf Büchern, woraus man allegirt z. B. Clem. 1. de appellat. 2. 12. — Die spätern Extravagantensammlungen (extravag. Joh. XXII. und extrav. communes) kommen hier nicht in Betracht.

[2] Die besten Ausgaben des Corpus iuris canonici sind a) Corpus iuris canonici Gregorii XIII. pont. max. post emendationem absolutam editum, rec. J. H. Böhmer. Hal. 1747. 2 voll. 4. b) Corp. iur. can. emend. etc. Post J. H. Böhmeri curas brevi annotatione critica instructum ad exemplar Romanum denuo edidit Aem. Lud. Richter. Lips. 1833. 2. voll. 4.

§. 4.

3) Einheimisch deutsches Recht.

Das durch die recipirten fremden Rechte uns überkommene Privatrecht ist in manchen Stücken durch gemeines einheimisch deutsches Recht in der Anwendung beschränkt oder modificirt worden. Dieses aber ist theils in deutschen Reichs- und Bundes-Gesetzen enthalten, theils besteht es als Gewohnheitsrecht oder wissenschaftliches Recht.

Anm. [1] Die Reichsgesetze sind theils in Reichsabschieden enthalten — Reichstags-Abschiede (RA.), der jüngste von 1654 (JRA.); Reichsdeputations-Abschiede (RDA.) — theils als Reichsordnungen besonders genannt z. B. Reichs-

polizeiordnung von 1532, 1577, (RPO.), Notariatsordnung (NO.) von 1512, Peinliche Gerichtsordnung (PGO.) von 1532, Kammergerichtsordnung (KGO.) von 1555, — theils als einzelne Reichsbeschlüsse erlassen. Vergl. darüber: Sammlung der deutschen Reichsabschiede sammt den wichtigsten Reichsschlüssen. Frankfurt 1747. 4 Bde. Fol. C. F. Gerstlacher Handb. der d. Reichsgesetze in system. Ordnung. 11 Thle. Stuttgart 1786...1794 (der 10. Thl. betrifft das Privatrecht). G. Emminghaus Corpus Juris Germanici academicum. 2 Thle. Jena 1824.

[2] Zu den Bundesgesetzen gehört vor allem als Grundgesetz die deutsche Bundes-Acte vom 10. Juni 1815; dann spätere Bundesbeschlüsse. In den Jahren 1848, 1849 wurden von der damals in Frankfurt tagenden Nationalversammlung mehrere Gesetze beschlossen und durch den Reichsverweser als „Reichsgesetze" in einem sog. Reichsgesetzblatt publicirt, namentlich die Grundrechte des deutschen Volks, eine deutsche Wechselordnung u. a. Aber deren Gültigkeit, von Anfang bestritten, vermochte sich nicht zu behaupten; nur die Wechselordnung ist durch später erfolgte Annahme von Seiten der gesetzgebenden Gewalt der einzelnen deutschen Staaten wirklich gemeines deutsches Recht geworden, gehört aber ihrem Gegenstande nach nicht in das Pandectenrecht.

[3] Ueber das Gewohnheitsrecht vgl. vorzüglich G. F. Puchta das Gewohnheitsrecht. 2 Thle. Erlangen 1828, 1837. Savigny System des R. R. Bd. I. S. 34...38. 45...49. 76...100. 144...197; dazu Brinckmann, das Gewohnheitsrecht im gemeinen Civilrecht und Civilprozeß. Heidelberg 1847. Erkenntnißmittel des gemeinen Gewohnheitsrechts sind theils Urkunden über Rechtsanwendung (Rechts-Gutachten, Urtheile), theils auch die wissenschaftlichen Arbeiten über das Recht. (Vgl. Puchta Lehrb. der Pand. § 15. 17. und unten §. 19. Anm. 5). Ueber die Rechtsquellen überhaupt vgl. noch Blume Encyklopädie der in Deutschland geltenden Rechte, erste Abth., äußere Encyklopädie; auch unter dem besondern Titel: Uebersicht der in Deutschland geltenden Rechtsquellen mit einer encyklopädischen Einleitung. Bonn 1847. 2. Ausg. 1854.

B. Gebrauch der Quellen.

§. 5.

Die Wissenschaft hat die Aufgabe, aus dem Gesammtinhalt der angegebenen Quellen das System des gemeinen Civilrechts zu gewinnen. Zu diesem Zwecke ist erforderlich 1) richtige Auffassung der in demselben enthaltenen einzelnen Rechtssätze, und 2) unter Ausscheidung des im heutigen Recht nicht mehr Gültigen, die Verbindung der gefundenen noch geltenden Rechtssätze zu einem einigen Ganzen.

1) Von der Auslegung des Inhalts der Rechtsquellen im Einzelnen.

§. 6.

Die Kenntniß der einzelnen Rechtssätze, welche den Inhalt des gemeinen Civilrechts bilden, müssen wir bei weitem größtentheils

heils aus geschriebenen Quellen schöpfen. Die Thätigkeit, welche auf Ermittelung des Sinnes derselben gerichtet ist, nennen wir Interpretation, Auslegung, und zwar doctrinelle Interpretation, insofern sie nur nach Regeln der Wissenschaft zu Werke geht und kein anderes Ansehen als das ihrer innern Wahrheit in Anspruch nimmt.

Anm. [1] Die authentische und usuelle Interpretation von Gesetzen, die man auch wohl beide unter dem Begriff der Legalinterpretation zusammenfaßt, sind als solche nicht bloß Interpretation, sondern zugleich Gesetz oder Gewohnheitsrecht. L. 12. §. 1. Cod. de legib. 1. 14. L. 37. 38. D. de legib. 1. 3.

[2] Von Interpretation kann nicht bloß bei Gesetzen die Rede seyn, sondern auch bei andern Erkenntnißquellen des Rechts, welche nur Zeugniß von bestehendem Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht geben.

[3] Der Interpretation bedarf man nicht nur zur Erkenntniß des Rechts im objektiven Sinne, sondern auch zur Beurtheilung einzelner Rechtsverhältnisse, sofern diese durch Willenserklärungen oder obrigkeitliche Entscheidungen bestimmt werden. Hier ist nur in der ersten Beziehung davon die Rede.

[4] Den Inbegriff der Regeln über Auslegung nennt man juristische Hermeneutik. Vgl. C. H. Eckhardi hermeneutica iuris. Lips. 1750. rec. Walchius. 1779. K. S. Zachariä Versuch einer allg. Hermeneutik des Rechts. Meißen 1806. W. F. Clossius Hermeneutik des R. R. im Grundrisse. Leipz. 1831. Vorzüglich aber s. Savigny System Bd. I. §. 32...51.

§. 7.

Die Aufgabe der Interpretation einzelner Gesetze — und was von Gesetzen gilt, kann analog auch auf andere geschriebene Rechtssätze angewendet werden — ist die, den wahren und ganzen Gehalt der gesetzlichen Bestimmung zum Bewußtseyn zu bringen. Zu diesem Zweck muß man natürlich vor Allem den Sinn erforschen nach den Regeln der Grammatik und des Sprachgebrauches, grammatische Auslegung [1]. Nun kann aber das Gesetz wegen Mangels völliger Bestimmtheit des Ausdrucks, bloß grammatisch betrachtet, einer verschiedenen Deutung empfänglich seyn, z. B. wegen Mehrdeutigkeit einzelner Worte oder wegen Ungenauigkeit der Construction [2]. Der Ausdruck kann sogar unrichtig seyn, so daß der grammatische wenn gleich bestimmte Sinn der wahren Willensmeinung des Urhebers nicht ganz entspricht [3]. Auch in solchen Fällen muß die Auslegung ein bestimmtes Resultat und Erkenntniß der wahren Absicht des Urhebers zu erzielen suchen [4], sog. logische Auslegung [5]. In Fällen der letzten Art kann sich dann ergeben, bald, daß der Ausdruck enger, bald, daß er weiter ist, als es der wahren Meinung des Gesetzurhebers entspricht (ausdehnende, oder einschränkende

Auslegung). Anhaltpunkte der Auslegung aber gewähren hier theils der Zusammenhang des Gesetzes in sich und mit andern[6], theils der erkennbare Grund des Gesetzes (ratio legis), unter Umständen auch wohl, wenigstens mittelbar, die äußere Veranlassung desselben (occasio legis), und die hiernach zu beurtheilende innere Angemessenheit der einen oder andern Deutung[7]. Regelmäßig muß man jedoch von der Voraussetzung ausgehen, daß der Gesetzgeber mit guter Ueberlegung den seiner Absicht entsprechenden Ausdruck gewählt und nichts ohne Bedeutung gesagt habe[8].

Anm. [1] Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. L. 25. §. 1. D. de legat. III.

[2] L. 5. Cod. in quib. caus. i. i. r. n. n. e. 2. 41: „in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere quidem *temporales praescriptiones* concesserunt, eas ipso iure non currere." L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. „In rebus dotalibus, *si tamen extant*, vindicandis mulierem habere praerogativam." L. 25. D. de lib. legata. 34. 3. Sed poterit hoc dici etc.?

[3] L. 13. §. 2. D. de excusat. 27. 1. „Etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult."

[4] L. 17. D. de legib. 1. 3. Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. cf. L. 6. §. 1. D. de V. S. 50. 16.

[5] A. F. J. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des R. R. Altona 1799. 1806. Vgl. Savigny I. §. 50.

[6] L. 24. D. de legib. 1. 3. Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua eius particula proposita iudicare vel respondere. L. 26...28. ibid. Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. — Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint.

[7] L. 19. D. de legib. 1. 3. In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim quum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit. — L. 18. ibid. Benignius leges interpretandae sunt, ut voluntas earum conservetur. — L. 25. ibid. Nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. — L. 19. D. ad exhib. 10. 4. Non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur animadvertere.

[8] Daher das sog. argumentum a contrario. — L. 22. D. de legib. Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat. — Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. cf. L. 18. D. de testib. 22. 5. — Dagegen: Unius positio non est alterius exclusio.

§. 8.

Die Quellen des gemeinen Civilrechts, insbesondere des Justinianischen Rechts, bestehen ihrem Inhalte nach zum kleinsten Theile

aus eigentlichen Gesetzen. Die Institutionen sind eigentlich ein Lehrbuch, worin absichtlich manches nur historisch bedeutende aufgenommen ist; die Digesten bestehen aus Bruchstücken wissenschaftlicher Werke einer frühern Zeit und der verschiedensten Art; ein sehr großer Theil des Codex besteht in kaiserlichen Rescripten aus verschiedener Zeit, welche regelmäßig keinen andern Zweck hatten, als den, für einzelne Fälle nach dem bestehenden Rechte die Entscheidung anzugeben. Gleichwohl ist allen darin anerkannten Rechtssätzen von Justinian die Kraft von Gesetzen beigelegt und jedes einzelne Rechtsbuch gewissermaßen als ein großes Gesetz publicirt worden. Diese Rechtssätze sind aber häufig nur durch Abstraction aus der Entscheidung einzelner Fälle abzuleiten, und dabei ist denn insbesondere nur sehr vorsichtig von dem argumentum a contrario Gebrauch zu machen. Bei der Auslegung einzelner Stellen kann man unterscheiden den Sinn, welchen sie ursprünglich hatten, und welchen sie als Bestandtheile des Justinianischen Rechts haben; duplex interpretatio (Interpolationen, emblemata Triboniani). Dabei aber ist zu beachten der ursprüngliche Verfasser und die Zeit derselben; ihre Stellung in der Compilation und ihr Verhältniß zu andern Stellen derselben.

Anm. Ueber die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln vgl. Bluhme in der Ztschr. für geschichtliche Rtsw. Bd. IV. S. 257 fgg., insbesondere S. 290. fg. 366. 413. fg. Reimarus über die Inscriptionenreihen der Pandectenfragmente. Göttingen 1830. Eyssenhardt Justinians Digesten. Leipzig 1845.

§. 9.

Voraussetzung aller Auslegung ist ein auszulegender Text. Die auf Feststellung des wahren Textes gerichtete Thätigkeit heißt Kritik. Sie ist entweder niedere (diplomatische) oder höhere Kritik. Die letzte sucht, unter Benutzung des äußern Materials, welches die erste sichtet, nach innern Gründen den richtigen Text zu ermitteln, und kann dabei nicht bloß wählen unter verschiedenen beglaubigten Lesarten, sondern auch wohl ohne äußere Beglaubigung verbessernd den Text bilden (Conjecturalkritik).

Anm. [1] Ueber die Zulässigkeit der Kritik bei der Auslegung der Justinianischen Rechtsquellen vgl. Savigny System I. §. 38. 39.

[2] Ueber die Geschichte der Textesrecensionen, insbesondere über das Verhältniß des Bolognesischen Textes der Digesten (Vulgata) und der Florentinischen Handschrift derselben (lectio Vulgata, Florentina oder Pisana, sodann

Halicandrina oder Norica) vgl. Savigny Geſch. des R. R. im MA. Bd. III. §. 164. fgg. Böcking a. a. O. S. *18. fg.

[3] Einzelne bei der Kritik zu beachtende Punkte ſind namentlich: 1) der Mangel der Interpunction in den Handſchriften, z. B. L. 44. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 25. D. de lib. leg. 34. 3. 2) Geminationen, z. B. L. 208. D. de V. S. *„singulares (res)“*; L. 24. pr. D. de minor. 4. 4. *„facerecusaverit“*. 3) Verſetzung einzelner Worte, Sylben oder Buchſtaben, z. B. *pars hodie* ſtatt *rhapsodiae*, in L. 52. §. 2. D. de legat. III. (32). 4) unrichtige Auflöſung von Siglen, z. B. *fideicommissi causa* in L. 8. pr. D. qui et a quib. 40. 9., vielleicht *fraudandorum creditorum causa (f. c. c.)*; in L. 31. pr. D. de usucap. 41. 3. *errorem*, wahrſcheinlich *errore m.*, d. i. *errorem modo;* in Ulp. fragm. VI. §. 6. *r. u.* d. i. *rei uxoriae*, nicht *revera*. Vgl. Huſchke kleine kritiſche Verſ. in Linde's Zeitſchr. N. F. II. 6. IV. 9. V. 2.

[4] In Betreff der Benutzung des griechiſchen Textes Juſtinianiſcher Rechtsquellen, insbeſondere über das Verhältniß des griechiſchen Novellentextes zu der von den Gloſſatoren als authentiſcher Text behandelten Ueberſetzung (authenticum, versio vulgata) vgl. Savigny Syſtem I. S. 67. Oſenbrüggen über die praktiſche Autorität des griechiſchen Textes und der versio vulgata der Novellen, in der Ztſchr. für Civilrt. und Proc. Bd. XVII. S. 382...412. Neue kritiſche Ausg. des Authenticum von G. E. Heimbach. Leipz. 1846. (vollendet 1851).

2) Auslegung der Quellen im Ganzen.

§. 10.

In dem Umfange der geſammten Quellen finden ſich häufig einander widerſtreitende Beſtimmungen. Es fragt ſich, wornach iſt in ſolchem Falle zu entſcheiden?[1] In dieſer Beziehung kommt vorzüglich die Regel in Betracht, daß das neuere Recht dem ältern vorgehe, wobei jedoch zu beachten iſt, daß die Aufhebung einer ältern Regel nicht nothwendig auch die Aufhebung eines neben derſelben beſtandenen Ausnahmeſatzes mit ſich bringt[2].

Anm. [1] Vgl. Savigny a. a. O. §. 42...46.

[2] Lex posterior (ius posterius) derogat priori; lex posterior generalis non derogat priori speciali. Vgl. A. F. J. Thibaut civiliſt. Abhandl. Heidelb. 1814. Abh. VII.

§. 11.

Nach obiger Regel hat vorerſt die heutige feſt ſtehende Praxis den Vorzug vor allen übrigen Quellen des gemeinen Civilrechts. Demnächſt folgen die Reichsgeſetze. Dann hat auch das canoniſche Recht, obwohl es in Deutſchland gleichzeitig mit dem römiſchen Rechte recipirt worden iſt, als neueres Recht doch regelmäßig den

Vorzug vor diesem, sofern nicht in einzelnen Punkten ein abweichender Gerichtsgebrauch erweislich vorliegt.

§. 12.

Auch das Verhältniß der verschiedenen Bestandtheile der einzelnen Hauptclassen unserer Quellen (§. 2...4) läßt sich großentheils nach derselben Regel bestimmen. Die jüngeren Reichsgesetze haben vor älteren den Vorzug, die spätern Sammlungen canonischen Rechtes vor den frühern. Deßgleichen auch gehen die Novellen Justinians allen übrigen Bestandtheilen des Justinianischen Rechts, und die jüngern den ältern Novellen vor. Dagegen kann über das Verhältniß der Institutionen, Pandecten und des Codex zu einander jene Regel nicht schlechthin entscheiden, da diese Rechtsbücher, obwohl nicht völlig gleichzeitig publicirt, von Justinian doch als Ein zusammenhängendes Ganzes, worin sich unvereinbare Widersprüche nicht finden sollten, gedacht und mit gesetzlicher Kraft versehen worden sind.

Anm. [1] Const. *Deδit* oder *Tanta* §. 23. Leges autem nostras, quae in his codicibus, i. e. Institutionum et Digestorum posuimus, suum obtinere robur ex tertio nostro felicissimo consulatu praesentis duodecimae indictionis, tertio Calendas Januarias (d. i. 30. Dec. 533).

[2] Const. *Cordi* §. 4. ... Iussimus eum (codicem repetitae praelectionis) in omnibus iudiciis solum, quantum ad divales constitutiones pertinet, frequentari ex die quarto Calendas Januarii, quarti nostri felicissimi consulatus (d. i. 29. Dec. 534).

§. 13.

Finden sich nun gleichwohl Widersprüche in den drei Justinianischen Rechtsbüchern, so muß vor Allem eine Vereinigung der widersprechenden Stellen versucht werden, und zwar ist man dabei selbst zu etwas künstlichem Verfahren im Nothfall berechtigt [1]. Die Vereinigung aber kann theils nach systematischen, theils nach historischen Gesichtspunkten erzielt werden: das eine, indem man die eine Stelle nur als die andre näher bestimmend oder beschränkend auffaßt; das andre, indem man nachweiset, daß die eine Stelle wirklich den wahren bleibenden Gedanken der Gesetzgebung ausspreche, die andre nur historisch bedeutendes Material enthalte [2]. Wenn aber eine Vereinigung der widerstreitenden Stellen nicht zu erreichen ist (Antinomie), so bleibt nichts übrig, als diejenige Entscheidung anzunehmen, zu welcher, wenn keine der widerstreitenden

Stellen vorläge, die Conſequenz der anerkannten Grundſätze von ſelbſt hinführen würde.

Anm. [1] Const. *Tanta* §. 15. Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, *si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet;* sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.

[2] Const. *Deo auctore* §. 10. Sed et si quae leges in veteribus libris positae jam in desuetudinem abierunt, nullo modo vobis easdem ponere permittimus. — Const. *summa* §. 1. ... tollendis contrariis constitutionibus, quae posteriore promulgatione vacuatae sunt. — Prooem. instit. §. 3. ...tam aures quam animae vestrae nihil inutile nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant. cf. §. 5. In quibus breviter expositum est et quod antea obtinebat et quod postea desuetudine inumbratum imperiali remedio illuminatum est. — Vgl. auch nov. 89. cap. 7. Quam (*sc.* constitutionem) scribi ideo solummodo permisimus, ut eos, quibus illa forte constitutio prodest, ...non hac utilitate privaremus; sicut etiam Anastasii piae memoriae, quae naturales adoptare contribuit, ... nonnisi ad hoc positam solummodo sinimus, ut, si qua utilitas aliquibus inde reposita est, hanc non videamur per nostras amputare leges.

§. 14.

Finden wir den Inhalt der vorliegenden Rechtsquellen nicht ausreichend zur Entſcheidung einer ſich ergebenden Rechtsfrage, ſo müſſen wir dieſe Lücke durch Analogie auszufüllen und jene Frage ſonach im Geiſte des beſtehenden Rechts zu beantworten ſuchen.

§. 15.

Als Hülfsmittel zum beſſern Verſtändniß der Juſtinianiſchen Rechtsquellen können einerſeits die Ueberbleibſel des ältern römiſchen Rechts[1], andererſeits die ſpätern, namentlich die griechiſchen Bearbeitungen des Juſtinianiſchen Rechts[2] dienen.

Anm. [1] Die vollſtändigſte Sammlung davon gibt das ſeit 1833 in Bonn erſcheinende corpus iuris romani anteiustiniani. Am wichtigſten ſind für die Interpretation des Juſtinianiſchen Rechts die erhaltenen Schriften von Gajus, Ulpian, Paulus; die fragmenta Vaticana und die collatio leg. Mos. et Rom.; dann der Theodoſiſche Codex mit den ſpätern Novellen. Vgl. Böcking Inſt. I. §. 18...20. 22.

[2] Die wichtigſten ſind: die Paraphraſe der Inſtitutionen von Theophilus (Ausgabe von Reitz, im Haag 1751. 2 Bde. 4.), die Baſiliken (neue Ausg. von Heimbach, in 5 Bdn., Leipzig 1833...1850. 4.), das Prochiron von Baſilius, Conſtantin und Leo (Ausgabe von Zachariä, Heidelb. 1837. 8.) und das Prochiron des Harmenopulus, neueſte Ausgabe von G. E. Heimbach, Leipz. 1851;

dann Juliani epitome novellarum, wovon eine neue Ausgabe von G. Hänel zu erwarten ist. Vgl. Böcking a. a. O. §. 23. 24.

II. Litteratur des Pandectenrechts.

§. 16.

Seit dem Aufblühen der neuern Jurisprudenz auf der Rechtsschule zu Bologna ging man in der Bearbeitung des Rechts zunächst exegetisch zu Werke. Die Glossen der Rechtslehrer daselbst, und so auch die vorzugsweise Glosse genannte Zusammenstellung derselben von Accursius, bilden eine fortlaufende Exegese des Corpus Juris[1]. Und noch bis ins 16. Jahrhundert war diese exegetische Methode vorherrschend, in welcher Zeit vorzüglich die Leistungen der französischen Juristenschule hervorragen[2].

Anm. [1] Ueber die Glosse des Accursius vgl. Savigny Gesch. des R. R. V. §. 91. fg. — Ueber die Controversen der Glossatoren: Dissensiones Dominorum, edit. et illustr. G. Haenel. Lipsiae 1834. Savigny a. a. O. §. 86. fg.

[2] Vorzüglich hervorzuheben sind die Werke des Jakob Cujas († 1590). — Jacobi Cuiacii opera omnia cura C. A. Fabroti. Paris 1658. 10 voll. fol., studio L. Ranii, Neap. 1722. 11 voll. fol. — Dazu Dominici Albanensis promptuarium univ. opp. Jac. Cuiacii. Neap. 1763. Mutin. 1765. 2 voll. fol.

[3] Als exegetische Commentatoren Justinianischer Rechtsquellen sind außerdem unter Andern zu nennen a) für die Institutionen: Balduin († 1573), Hotmann († 1590), Giphanius († 1604), Janus a Costa († 1637), Bachofen von Echt († 1635), Vinnius († 1657), neuerdings Schrader in seiner Ausgabe (§. 2. Anm. 6. a. E.). b) für die Digesten oder einzelne Theile derselben Odofredus († 1265), Alciat († 1550), Duaren († 1559), Donellus († 1624), Brunnemann († 1670). c) für den Codex: Azo († 1230), Odofredus, Donellus, Giphanius, Wissenbach († 1665), Perez († 1674), Brunnemann. d) für die Novellen: Rittershausen (Rittershusii Jus Justinianeum etc. 1615.) — Exegetische Schriften über vermischte einzelne Stellen gibt es viele unter dem Titel: observationes, interpretationes, emendationes.

[4] Fortlaufende Nachweisungen zur Interpretation der Digesten geben A. Schultingii notae ad Dig., edid. et animadv. adiecit N. Smallenburg. Lugd. Bat. 1804...1835. 7 voll. 8. — Lexikographische Hülfsmittel der Exegese sind: B. Brissonius de verborum, quae ad ius pertinent, significatione. Lugd. 1559. fol. cura Heineccii, Halis Sax. 1743. fol. mit den Supplementen von Wunderlich (Hamb. 1778. fol.) und Cramer (Kiliae 1813. 4.); H. E. Dirksen, Manuale latinitatis font. iur. civ. Rom. Berol. 1837. 4. H. G. Heumann, Handlexikon zu den Quellen des röm. Rechts. 2. Aufl. Jena 1851. — Auch eine deutsche Uebersetzung des Corpus Juris haben wir, herausgeg. von Otto, Schilling u. Sintenis, Leipzig 1830...1833.

§. 17.

Seit dem 16. Jahrhundert wurde es, namentlich in Deutschland und Holland, üblich, umfassende Vorträge über das Civilrecht nach der Titelfolge der Justinianischen Institutionen oder Pandecten zu halten (sog. Legalordnung), indem man in jedem Titel die durch die Rubrik bezeichnete Materie in freier Darstellung abhandelte; in dieser Art wurden dann auch viele Bücher geschrieben.

Anm. Es gehören hieher unter andern: 1) M. Wesenbecii Comment. in Pandectas iur. civ. et Cod. Just. (Paratitla) 1568. aucta ab A. Vinnio Lugd. Bat. 1649. 2) J. Meieri Collegium Argentoratense Argent. 1616. 1657. 3) Ulr. Huberi praelect. iur. civ. (p. II. III.) 1689. 90., cura Menkenii Lipsiae 1707. Frcf. et Lipsiae 1749. 4) W. A. Lauterbach Colleg. theoretico practicum Pandectarum. Tub. 1690...1711 etc. Dazu Sam. de Cocceji Jus civ. controversum. Lips. 1710. 1766. 5) J. Voetii Comm. ad Pandectas. Coll. Allobrog. 1699 etc. 6) Joh. Schilteri praxis iur. rom. in foro german. Jen. 1675. 1698. etc. 7) J. O. Westenberg principia iur. sec. ord. Dig. Harderov. 1712. Berol. 1814. 8) Ger. Noodt Comm. in 27 libros Dig. Lugd. Bat. 1716. etc. 9) Sam. Strykii usus mod. pandectarum. 1690. etc. 1746. 10) R. J. Pothier Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae. Aur. 1748. etc. 11) J. A. Hellfeld jurisprud. forensis. Jen. 1764. 12) Ch. F. v. Glück Ausführl. Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Erlangen 1790...1830. (34 Bde ohne die Register), fortgef. von Ch. F. Mühlenbruch 1832...1843. Bd 35...43., weiter fortgesetzt von E. Fein 1851. fg. Bd 44. 45. (reicht jetzt bis zum Ende des 29. Buchs der Pandecten). 13) J. F. Malblanc principia iur. rom. Tub. 1801. 1802.

§. 18.

Schon im 16. und 17. Jahrhundert wurden auch einzelne Versuche gemacht, das Civilrecht nach einer eigenen, an die Quellen sich nicht bindenden Ordnung systematisch darzustellen[1]. In der neuern Zeit, seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts, ist diese Methode, namentlich in Deutschland, die herrschende geworden, und die Vorträge nach der Legalordnung sind außer Gebrauch gekommen. Abgesehen von einem sogenannten allgemeinen Theil, schließen sich diese neueren systematischen Anordnungen theils dem römischen Institutionensystem an, wie man dasselbe aufzufassen pflegte[2], jedoch nicht ohne mehr oder minder erhebliche Abweichungen[3], zum Theil aber sagen sie sich ganz davon los[4].

Anm. [1] Dahin gehören a) Fr. Connani comment. iur. civ. libri X. Paris 1553. Neap. 1724. b) Hug. Donelli comment. iur. civ. libri I...XI. Frcf. 1589. 90., vollständig in 28 Büchern nach des Vf. Tode herausgegeben von Scipio Gentilis 1595...1597. u. Hannoviae 1612. 1626. fol., neuerdings

von J. K. Koenig und C. Bucher in 16 Bdn. 8. Norimbergae 1801...1834. c) Nic. Vigelii methodus univ. iur. civ. Frcf. 1628. d) H. Vulteji iurisprud. rom. lib. II. Hannov. 1652. e) J. Domat. Les loix civiles dans leur ordre naturel. Paris 1689.

[2] Ueber das System der Institutionen vgl. vorzüglich Böcking a. a. O. Anh. VI. und dessen Anhang zu der Ausg. des Gaius im Bonner corpus iuris anteiust., so wie zu der besondern (dritten) Ausgabe desselben (Bonn 1850).

[3] Dahin gehört a) schon J. H. de Berger oeconomia iuris ad usum hodiernum accomodata. Lips. 1712. etc. neueste Ausgabe von Haubold 1801. b) C. C. Hofacker principia iur. rom. germ. tom. 1. Tub. 1788. tom. 2. 3. cura Gmelin 1794. 98., ed. 2. 1800...1803. c) G. Hugo Lehrb. des heut. R. R. 2. Ausg. 1798 7. Ausg. 1826. d) A. F. J. Thibaut System des Pandectenrechts. Jena 1803. 7. Ausgabe. 1827. e) F. Mackeldey Lehrbuch des heut. R. R. Gießen 1814. 6. Ausg. 1825. f) Ch. F. Mühlenbruch doctrina pandectarum. Hal. 1823. edit. 2. 1826. 27. g) K. A. v. Vangerow Leitfaden für Pandectenvorlesungen (ein Grundriß mit Chrestomathie der Quellen und vielen ausführlichen Anmerkungen, die vorzüglich Controversen besprechen). Marburg und Leipzig 1839. fgg. 3 Bde. Sechste vermehrte und verbesserte Aufl. mit dem Titel: Lehrb. der Pandecten, Bd 1. Marburg 1851. Bd 2. 1854. — Ein nach diesem System geordnetes Examinatorium mit einer Uebersicht der civilistischen Controversen gewährt R. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, ein Handb. für Praktiker. Bd 1. Lpz. 1843. Bd 2. in 2 Abth. 1845. 1847.

[4] Dahin gehört a) L. G. Madihn principia iuris rom. Frcf. 1791. b) G. Hugo Lehrb. 1. Ausg. 1789. Die in diesem Lehrbuch aufgestellte Anordnung wurde weiter ausgeführt c) von A. Heise in seinem Grundriß eines Systems des gem. Civilrechts. Heidelb. 1807. und öfter; und nach diesem Grundrisse bearbeitete J. N. v. Wening-Ingenheim sein Lehrb. des gem. Civilrechts. 3 Bde. München 1822...25. 5. Ausg. von Fritz 1836. 37. Dieselbe Ordnung in den Haupttheilen befolgen d) A. Schweppe das röm. Privatrecht in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte. Altona 1814. vierte als Handb. verarbeitete Ausg. Gött. 1828...34. 5 Bde, die 3 letzten herausgegeb. von Meyer. e) Mackeldey's Lehrb. von der 7. Ausg. an, die 11. u. 12. Ausg. besorgt durch Roßhirt 1838. 1843, die 13. besorgt durch Fritz 1851. f) Mühlenbruch's doctrina pandectarum, von der 3. Ausg. an, so wie das darnach bearbeitete deutsche Lehrb. des Pandectenrechts von demselben. 3 Bde, vierte Ausgabe von Madai 1844. g) J. A. Seuffert praktisches Pandectenrecht, 3 Bde, Würzburg 1824., 3. Ausg. 1852. h) Haimberger ius rom. privatum idque purum, Leopoli 1829. 1830. IV. tomi., deutsch Wien 1835. i) J. F. L. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, herausgeg. von Erxleben. Gött. 1839...40. 3 Bde in 5 Abtheil. k) C. F. F. Sintenis das praktische gemeine Civilrecht. 3 Bde. Lpzg. 1844...51. Ferner gehören dahin l) Thibaut System in der 8. Ausg. 1834. 2 Bde, 9. Ausg. von A. v. Buchholtz 1846. m) G. F. Puchta Lehrb. d. Pandecten. Leipzig 1838. fünfte Aufl. von Rudorff 1850., 7. Ausg. 1853. Dazu des Vf. Vorlesungen 2 Bde. 1847. 48, 3. Aufl. 1852. n) J. F. Kierulff

Theorie des gemeinen Civilrechts. Bd 1. Altona 1839. o) C. F. Roßhirt gem. deutſches Civilrecht. Heidelb. 1840. Beſonders hervorzuheben iſt endlich p) F. C. v. Savigny Syſtem des heutigen R. Rts. 8 Bde, die allgemeinen Lehren enthaltend, Berlin 1840...1849. Regiſter dazu 1851. Die übrigen Lehren beabſichtigt der Verfaſſer in einer Reihe von Monographien abzuhandeln, und zwar zunächſt das Obligationenrecht, wovon bis jetzt 2 Bde erſchienen ſind (§. 201. Anm. 1.) Unter vielen Grundriſſen ſind außer dem Heiſe'ſchen namentlich hervorzuheben: α) Fr. Blume, Grundriß des Pandectenrechts, Halle 1829, mit einem Quellenregiſter, 2. Ausg., Bonn 1844. β) Ed. Böcking, Pandecten, ein Lehrbuch des gemeinen auf das römiſche Recht gegründeten Civilrechts im Grundriſſe, vierte Ausgabe, Bonn 1852 (ſchätzbar durch ſehr reiche Quellen und Literatur-Angaben und durch viele treffende Bemerkungen und Andeutungen). In naher Beziehung zu dem letzten Buche ſtehen deſſelben Verfaſſers: Pandecten des röm. Privatrechts oder Inſtitutionen des gemeinen deutſchen Civilrechts, auch mit dem Titel: „Einleitung in die Pandecten des gemeinen d. Civilrechts," Bd 1, zweite Aufl. Bonn 1853.

[5] Einen neuen Verſuch, das ganze Syſtem des gemeinen deutſchen Privatrechts, mit Inbegriff der dem deutſchen Privatrecht im engern Sinne angehörenden Rechtsinſtitute, im Zuſammenhange darzuſtellen, enthält: A. C. J. Schmid Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutſchen bürgerlichen Rechts. Beſonderer Thl. Bd. 1. 2. Leipz. 1847. 48. Vgl. auch C. G. Wächter Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts. Stuttgart 1845 fgg., und dazu: Erörterungen aus dem römiſchen, deutſchen und württembergiſchen Privatrecht. Heft 1...3. Stuttgart 1845. 1846.

[6] Die in §. 17. 18. genannten Lehr- und Handbücher werden in der Folge der Kürze wegen nur durch Angabe des Namens der Verfaſſer bezeichnet werden, insbeſondere die von Savigny, Sintenis und Bangerow durch die Abkürzungen: Sav., Sint., Bang.; die beiden unter 5. β. angeführten Werke werden unterſchieden als Böcking's Pand. und Inſt.

§. 19.

Sehr reichhaltig iſt die civiliſtiſche Literatur an Bearbeitungen einzelner Rechtslehren und Erörterungen über einzelne Fragen. Dieſe werden, ſo weit es für den Zweck dieſes Lehrbuchs angemeſſen ſcheint, gelegentlich angeführt werden. Es gibt aber auch manche Werke, welche eine Sammlung von verſchiedenartigen Schriften und Abhandlungen über verſchiedene Gegenſtände enthalten, theils von denſelben, theils von verſchiedenen Verfaſſern.

Anm. [1] Wir erwähnen unter andern 1) geſammelte Werke: Cuiacii opera (§. 16.). Duareni opera Frcf. 1607. Donelli Luccae 1762...70. Augustini ibid. 1765...74. Noodtii Lugd. Bat. 1767. Bynkershoeckii ibid. 1766. Brissonii opera minora Lugd. Bat. 1747. Jac. Gothofredi ibid. 1733. Heineccii Genev. 1765...79.; eiusdem sylloge opusc. Halis 1735. Conradi opusc. Brem. 1777. scripta minora. Hal. 1823. Schultingii comment. acad. Hal.

1770...74. Hauboldi opusc. Lips. 1825. 29. Bieneri opusc. 1830. Wenckii 1834.

[2] Vermischte Abhandlungen, von denselben Verf. herausgeg: A. Faber de error. pragmaticorum et interpretum. Ludg. 1598. Hertii commentationes. Frcf. 1737. J. H. Böhmer exercitat. ad pand. Götting. et Hannov. 1745...64. G. L. Böhmer electa iur. civ. Gött. 1767...78. Gebrüder Overbek, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, 11 Bde., Hannover 1796...1807. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Jena 1798. 1801. (2. Ausg. 1817.) Desselben civ. Abhandl. Heidelb. 1814. Feuerbach civ. Versuche. Gießen 1803. Schöman Handb. des Civilrts. Gießen 1806. Schraber Abh. aus dem Civilrt. Hannov. 1808. Civ. Abhandl. Weimar 1816. Unterholzner jur. Abh. München 1810. Neustetel und Zimmern römisch-rechtl. Unters. Heidelb. 1822. Puchta civ. Abh. Lpz. 1823. Francke civ. Abh. Gött. 1826. Beiträge zur Erläuterung einz. Rechtsmaterien. 1828. Heise und Cropp Jur. Abh. Hamb. 1827. 30. Huschke Studien des R. Rts. Bd. 1. Breslau 1830. Buchholtz Versuche. Königsb. 1831. jur. Abh. 1833. Büchel civilrtl. Erörter. Marb. 1832...39. Müller civ. Abh. Gieß. 1833. W. Sell Versuche. Gießen 1833. 34. Arndts Beiträge. Bonn 1837. Madai Beiträge zur Dogmengeschichte. Riga und Leipzig 1839. von der Pfordten Abh. Erlang. 1840. Heyer Abh. Gießen 1841. Schmidt (von Ilmenau) Abh. Jena 1841. Ihering Abh. Leipzig 1844. Ortloff, Heimbach, Schüller und Guyet jur. Abh. und Rechtsfälle. Jena 1847. Bachofen auserwählte Lehren des Civilrts. Bonn 1848. Dernburg Abh. Frankfurt. 1849. Sav. vermischte Schriften, 5 Bde. Berlin 1850. Puchta kleine civilistische Schriften herausgeg. von Rudorff. Leipzig 1852. Scheurl Beiträge. Erlangen 1853.

[3] Sammlungen von Abhandlungen verschiedener Verfasser: a) *Tractatus universi iuris* (sog. tractatus tractatuum) Venet. 1584. fgg. 23 Bde. Fol. b) Ottonis thesaurus iur. rom. Lugd. Bat. 1725...29. 4 voll. Traiecti 1733...35. 5 voll. c) F. Heineccii jurisprud. rom. et attica. Lugd. Bat. 1738...41. 3 voll. d) Meermanni nov. thes. iur. Hagae com. 1751...53. 7 tom. fol. (supplem. 1780.) Oelrichs thesaur. dissertat. iurid. in acad. Belg. hab. 1769. 70. 2 voll. in 6 tom. Novus thes. Brem. 1771...82. 3 voll. in 6 tom. f) Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten, bearbeitet von Arndts, Beck u. s. w., redigirt von Weiske, Lpzg. 1836 fgg., bis jetzt 8 Bde. Dieß Werk wird allegirt mit: Rtslex.

[4] Zeitschriften, welche Abhandlungen verschiedener Verfasser aufgenommen: a) Hagemann und Günther Archiv für theoretische und praktische Rtsgelehrsamkeit. Braunschweig 1788...92. 6 Bde. b) Hugo civ. Magazin. Berlin 1791...1837. 6 Bde. c) Grolmann und Löhr Magazin f. Philos. u. Gesch. des Rechts u. der Gesetzgebung (s. Rtsw. u. Gstzg.) 4 Bde. Gießen 1800...1807. 1820...25. 1844. (allegirt mit: Löhr's Mag.) d) Sav., Eichhorn und Göschen (später Klenze, jetzt Rudorff) Zeitschrift für geschichtliche Rtsw. Berlin 1815. fgg. bis jetzt 16 Bde. e) Archiv. für civ. Praxis, herausgeg. seit 1814 in Heidelb. von Gensler, Mittermaier und Schweizer, dann von Löhr, Mittermaier, Thibaut, nachher noch Linde, Mühlenbruch, Wächter, Francke, Bang., bis jetzt 36 Bde.

(allegirt mit: civ. Arch.) f) Zeitschr. für Civilrt. und Proceß, von Linde, Marezoll und Wening Ingenheim (nachher Schröter) Gießen 1827. fgg. 20 Bde. (allegirt mit: Linde's Ztschr.), neue Folge bis jetzt 10 Bde. (allegirt mit: Linde's Ztschr. n. F.) g) Rheinisches Museum für Jurisprudenz, zuerst von Hasse, dann von Blume, Bücking, Bethmann-Hollweg, Puggé, Puchta und Unterholzner, Bonn 1827...29. Gött. 1833...35. 7 Bde. (allegirt mit: Rh. Mus.) h) Themis, Ztschr. für prakt. Rtsw., herausgeg. von Elvers. Göttingen 1827...30. 2 Bde, neue Folge Bd 1. 1838...1841. i) Ztschr. für Civil- u. Criminalrecht von Rossirt (und Warnkönig). Heidelb. 1830. fgg., bis jetzt 6 Bde. k) Jahrb. für historische und dogmatische Bearbeitung des röm. Rts., von K. u. W. Sell. Braunschweig 1841. fgg., bis jetzt 3 Bde. l) Archiv für praktische Rechtsw. hrsgeg. von Schäffer, Seitz und Hoffmann. Bd 1. Regensburg 1852...53.

[5] Sammlungen von praktischen Erörterungen: Fabri Codex definitionum forensium in Sabaud. senatu tractat. (sog. Codex Fabrianus). Gen. 1605. Vulteji consilia et responsa facult. iurid. Marpurg. 1611. fgg. Carpzow jurisprud. forensis romano-saxonica. 1638. responsa 1642. decisiones 1646. fg. Mevii decisiones Wismariensis tribunalis. 1664. fg. Harprecht consilia Tubingensia. 1695. fgg. Wernher selectae observationes forenses. 1710. fgg. Böhmer consultationes et decis. 1733. fgg. Pufendorf observ. iur. univ., quibus praecipue res iudicatae summi tribunalis (in Celle) continentur. 1744. fgg. Strube rechtliche Bedenken. Hannov. 1761. fgg., neue Ausg. mit veränderter Ordnung von Spangenberg 1827. fgg. Hommel rhapsodia quaestionum in foro obvenientium. 1765. fgg. Kind quaestiones forenses, observ. ac decis. saxon. supr. tribun. illustr. 1792. fgg. Büllow u. Hagemann, später Spangenberg, prakt. Erörterungen mit Urtheilsprüchen des Zelle'schen Tribunals u. s. w. 1798. fgg. Gottschalk selecta disceptat. forens. capita. Additae decis. saxon. supr. tribun. 1816. fgg. Collectio notab. decis. supremi tribun. hassocasselani. 1768...1821. (Bd 13. u. fgg. herausgegeben v. Pfeiffer, unter besonderm Titel). Pfeiffer praktische Ausführungen, mit Erkenntnissen des OAG. zu Cassel. 1825. fgg. Strippelmann, neue Samml. bemerkensw. Entscheid. desselben OAG. 1842 fgg. Seuffert Blätter für Rechtsanwendung, vorzüglich in Bayern, 1837 fgg. Vgl. auch Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland. München 1847. fgg. bis jetzt 6 Bde, nebst Register über die 5 ersten Bde.

[6] Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen, zu academischem Zwecke zusammengestellt von R. Ihering. 1 Heft, Leipzig 1847. — Rechtsfälle zu Puchta's Pandecten für den academischen Gebrauch zusammengestellt von Girtanner, Jena 1852. — Vgl. auch: Pandectenpracticum oder Chrestomathie aller in besondern Beispielen und Rechtsfällen aufgestellten und entschiedenen Rechtsfragen von A. Eckert, Heidelberg 1853.

[7] Controversensammlungen: a) Lüder-Mencke gymnasium polemicum iuris. 1689. fgg. b) Rivinus systema iurisprud. polem. 1753. c) Walch introductio in controversias iur. civ. 1771. 1810. Vgl. auch oben §. 16. Anm. 1. §. 17. n. 4. §. 18. Anm. 3. a. E.

[8] Kritische Zeitschriften für Rtsw.: a) Juridisches Archiv von Danz, Gmelin

und Tafinger. Tübingen 1801. fgg. 5 Bde. b) Krit. Ztschr. für Rtsw. von Mohl, Scheurl, Schrader u. Wächter. Tübingen 1826. fgg. 6 Bde. c) Jahrbücher der jur. Litt., herausg. von Schunk. Erlangen 1826. fgg. 22 Bde. d) Kritische Jahrb. für deutsche Rtsw. von Richter, dann auch Schneider, zuletzt allein von diesem. Leipzig 1837...1848. e) Kritische Zeitschr. für die gesammte Rtsw. herausgeg. von Brinckmann, Dernburg, Kleinschrod, Marquardsen und Pagenstecher, Heidelberg 1852. fg. f) Kritische Uebersicht der deutschen Gesetzgebung und Rtsw., herausgeg. von Arndts, Blumtschli und Pözl, München 1853. fg.

§. 20.

Vollständigere literarische Angaben findet man in verschiedenen literarhistorischen und bibliographischen Werken, namentlich: H. J. O. König Lehrbuch der jur. Literatur. 2 Thle. Halle 1785. M. Lipenii biblioth. realis iuridica, post Struvii et Jenichenii curas multis accessionibus aucta. Lipsiae 1757. 2 voll. fol. mit den Suppl. von Schott 1775. Senckenberg 1789. Madihn 1816. 1832. B. G. Struvii biblioth. iuris selecta. ed. 8. cura Buderi. Jen. 1756. E. Ch. Westphal system. Anleit. z. Kenntniß der besten Bücher in der Rechtsgelehrtheit. 3. Ausg. Leipz. 1791. Haubold institutiones iur. rom. litt. tom. I. Lipsiae 1809. ed. 2. 1826. Ersch Litteratur der Jurisp. und Politik. Ausg. von Koppe. Leipz. 1823. Ulmenstein biblioth. iur. civ. selecta. Berol. 1821—1823. 3 tom. Engelmann bibl. jurid. Leipz. 1840. — Schröter repertorium iur. consultatorium. 1793. 99. 2 tom. fol. Röffig Repertorium der in den seit 1790 erschienenen praktisch jur. Sammlungen befindlichen Aufsätze und Fälle. Leipzig 1802. Sickel Repertorium über die 1802—1834 erschienenen Sammlungen von jur. Aufsätzen und Entscheidungen. Leipzig 1835. 2 Bde. Kappler jur. Promtuarium des 19. Jahrhunderts (mit Ausschließung des Criminalrechts). Stuttg. 1735. Vgl. auch das Lexicon litteraturae academico-iuridicae in libraria Göthiana venalium. Lipsiae 1838. 2 tomi.

Erſtes Buch.

Von den Rechten im Allgemeinen.

Erſtes Capitel.

Begriff und Eintheilung der Rechte.

§. 21.

I. Begriff des Rechts.

Ein Recht (im ſubjectiven Sinn) iſt eine durch das Recht (im objectiven Sinn) begründete Herrſchaft des Willens einer Perſon in Anſehung eines Gegenſtandes. Jedem Rechte entſpricht eine Rechtspflicht anderer Perſonen, wenn nicht eine beſondere poſitive einer beſtimmten andern Perſon, doch wenigſtens eine allgemeine negative Rechtspflicht aller Andern.

Anm. [1] Jus und obligatio Correlata? Abſolute und relative Rechte.

[2] Gegenwärtiges und zukünftiges Recht (ius praesens, ius futurum)? Böhmer Exercit. I. 5. Sint. I. §. 12.

[3] Recht und Rechtsverhältniß; Rechtsinſtitut. Puchta §. 29.

II. Eintheilung der Rechte.

§. 22.

1) Nach ihrem Gegenſtande [1].

Die Willensherrſchaft der Perſon kann ſich beziehen 1) auf eine Sache, d. h. einen unperſönlichen körperlichen Gegenſtand der Außenwelt. Daher Recht an einer Sache, Sachenrecht, unmittelbares Sachenrecht, ius in re. Dahin gehören das Eigenthum, welches die rechtliche Herrſchaft über eine Sache im Ganzen gewährt, und Rechte an einer fremden Sache (iura in re aliena),

kraft deren eine Sache nur in bestimmten Beziehungen (partiell) dem Willen eines Andern als des Eigenthümers rechtlich unterworfen ist. 2) auf eine Handlung oder Leistung eines bestimmten Andern, welche wegen des daran geknüpften sachlichen Werthes (Geldwerthes) als ein eigener Rechtsgegenstand aufgefaßt wird. Rechte dieser Art heißen Forderungen, Forderungsrechte, Obligationen. Die beiden genannten Arten von Rechten fallen unter den gemeinschaftlichen Begriff von Vermögensrechten; die Rechtsverhältnisse, deren Kern sie bilden, heißen Vermögensverhältnisse. Den Gegensatz davon bilden 3) die Familienrechte, Familienverhältnisse, bei welchen der Wille auf die Behauptung einer dauernden rein persönlichen Lebensbeziehung zu bestimmten andern Menschen gerichtet ist, die als ein juristisch wirksames, wenn gleich nicht ausschließlich juristisches, Verhältniß anerkannt ist [2]. Bei den Vermögensverhältnissen kommt noch in Betracht die Möglichkeit der Nachfolge in einen ganzen Inbegriff von Vermögensverhältnissen, deren Subject bisher eine bestimmte andre Person war, namentlich ein Verstorbener, Erblasser. Insofern hat man noch 4) ein Vermögen, als ein Ganzes gedacht, als möglichen Gegenstand eines Rechts aufgefaßt (des Erbrechts im subjectiven Sinn), welches darin besteht, daß man überhaupt die Stelle des bisherigen Vermögenssubjects einnimmt, also eben deßhalb auch alle einzelnen demselben zuständigen Vermögensrechte nun für sich behaupten kann [3]. Die Verschiedenheit der Rechte nach ihrem Gegenstande ist für die Systematik des Privatrechts von vorzüglicher Bedeutung; doch sollte man nicht, den innern Zusammenhang der Rechtsinstitute hintansetzend, durch bloß logische Anordnung nach jenem einzigen Gesichtspunkte das lebendig Zusammengehörige auseinander reißen [4].

Anm. [1] Vgl. Unterholzner Abh. III. Puchta im Rh. Mus. III. S. 289...308., und gegen diesen Sintenis in Linde's Ztschr. XIX. 2.

[2] Vgl. Sav. I. S. 331...410. mit Puchta Institut. I. §. 21. fgg. Arndts Encyklopädie §. 48...68.

[3] Recht an eine in uns übergegangene Person? Puchta im Rh. Mus. S. 302...304. Dagegen Sint. a. a. O. — Ueber das Recht an der eigenen Person vgl. unten §. 24.

[4] System der Rechtsverhältnisse oder Rechtsinstitute? Vgl. Anm. 1. 2. und Schröter in krit. Jahrb. IV. S. 293. Arndts das. VII. S. 196. fg. X. S. 137...142. Böcking Inst. I. §. 29.

[5] Ueber den Gegensatz von dinglichen Rechten (iura in re, in rem, realia)

und perſönlichen Rechten (iura in personam, personalia, ad rem) vgl. Thibaut Verſ. II. 2. Feuerbach Verſ. VIII. Duroi im civ. Arch. VI. 14. und dagegen Puchta im Rh. Muſ. I. S. 286. fgg. Bang. §. 113.

§. 23.

2) Nach ihrem Verhältniß zum Recht im objectiven Sinn.

Rechte gründen ſich mittelbar auf einen Rechtsſatz (§. 21). Es kann aber auch unmittelbar durch einen Act der geſetzgebenden Gewalt ein Recht verliehen werden, das außerdem, nach der Regel des Rechts, nicht begründet wäre. Ein ſolches Recht heißt Privilegium im engern Sinn [a]. Es entſteht lediglich durch die betreffende Verfügung der Staatsgewalt [1], deren Befugniß dazu durch das öffentliche Recht begründet iſt. Die Eintheilung der Privilegien in privilegia conventionalia und non conventionalia oder gratiosa, ſodann in privilegia onerosa und gratuita, bezieht ſich auf den Anlaß der Verleihung, nicht auf den juriſtiſchen Grund ihrer Entſtehung. Dem Privilegium iſt in einer Beziehung verwandt das ius singulare. Privilegium im weitern Sinne [2], d. h. ein Recht, welches ſich auf einen Rechtsſatz gründet, der aus beſondern Rückſichten für gewiſſe Fälle eine Ausnahme von dem regelmäßig entſcheidenden (gemeinen) Rechte (ius commune) feſtgeſetzt [3]. Sowohl Privilegien im weitern als im engern Sinn können eingetheilt werden in affirmative und negative, in privilegia personae, rei und causae [3].

Anm. [1] Constitutio personalis; L. 1. §. 2. D. de const. princip. 1. 4.; lex specialis? cf. L. 24. D. de statu hom. 1. 5. (§. 10. a. E.); privilegium im obj. S. (favorabile oder odiosum), Cic. de legib. III. 19. Gell. noct. att. X. 20. Cf. L. 17. §. 5. D. ad municip. 50. 1. „privilegium specialiter civitati datum". L. 6. Cod. de incol. 10. 39. „privilegio speciali". Const. *summa* §. 4. „aliquod privilegium speciali beneficio". — Puchta §. 31.

[2] L. 15. D. de subst. 28. 6. L. 12...24. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5.; ſogar „speciale privilegium" in L. 17. Cod. de dignitat. 12. 1., „privatorum privilegiorum" in L. 3. 4. Theod. cod. de itin. mun. 15. 3. — Puchta §. 30.

[3] Jus singulare im obj. S., i. e. quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. L. 16. D. de legib. 1. 3. L. 14. eod. Quod vero contra rationem. iuris receptum est, non est producendum ad consequentias. L. 15. eod. In his, quae

[a] X. de privilegiis. 5. 33., in 6to 5. 7. Clem. 5. 7.

contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris. cf. L. 2. D. de testam. milit. 29. 1. „propria atque singularia iura“. Dagegen ius commune z. B. als Gegenſatz des ius militare in L. 11. pr. L. 20. D. l. c. L. 15. D. de vulg. subst. 28. 6. Pauli sentt. III. 4a. §. 3. „tam communi quam proprio iure“; als Gegenſatz des ius singulare Minderjähriger in L. 12. D. de minor. 4. 4. Sav. I. S. 61...66.

[a] L. 1. §. 43. D. de aqua. 43. 20. Et datur (sc. ius aquae ducendae ex loco publico) interdum praediis interdum personis; quod praediis datur, extincta persona non extinguitur; quod datur personis, cum personis amittitur, ideoque neque ad alium dominum praediorum neque ad heredem vel qualemcunque successorem transit. cf. L. 196. D. de R. J. Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae; et ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae causae sunt; quae personae sunt, ad heredem non transeunt. L. 68. D. eod. In omnibus causis id observatur, ut, ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat, ubi vero genus actionis id desiderat, ibi, ad quemvis persecutio eius devenerit, non deficiat ratio auxilii.

Zweites Capitel.

Von den Perſonen oder Subjecten der Rechte.

§. 24.

Perſon iſt im juriſtiſchen Sinn ein Individuum, das Subject von Rechten iſt oder ſeyn kann. Darin, daß Jemand als ſolches anerkannt iſt, beſteht die Perſönlichkeit [1], Rechtsfähigkeit [2]. Von Natur kommt dieſe allen Menſchen zu und nur dieſen [a]; aber während dieſelbe nach poſitivem Recht wohl einzelnen Menſchen abgeſprochen wird [b], ſind andrerſeits auch Rechtsſubjecte anerkannt, die nicht einzelne Menſchen ſind und als Perſonen nur durch den juriſtiſchen Begriff da ſind. Dieſe nennt man juriſtiſche Perſonen (moraliſche, fingirte, myſtiſche Perſonen), und im Gegenſatze davon den einzelnen Menſchen, der ſchon als ſolcher ein natürliches Rechtsſubject iſt, phyſiſche oder natürliche Perſon [3].

Anm. [1] Persona in abſtracter Bedeutung: vgl. Nov. Theod. 24. §. 1. „servi nec personam habentes“. Cassiodori Varior. VI. 8. „servos, qui personam legibus non habebant“; cf. Cod. qui legitimam personam in iudiciis habeant. 3. 6. — Hertii opusc. 1. 3. de uno homine plures sustinente personas. cf. L. 9. pr. D. de part. 2. 14.

[a] L. 2. D. de statu hom. 1. 5., §. 12. J. de iure nat. 1. 2. pr. J. de libert. 1. 5.
[b] L. 22. 32. D. de R. J.

[a] Recht der Persönlichkeit? Eigenthum seiner selbst? Bang. §. 34. Recht an der eigenen Person? Puchta §. 117. Rh. Mus. III. S. 305. Vgl. Sav. I. S. 334...37. Arndts in krit. Jahrb. VII. S. 298.

[b] L. 9. §. 1. D. quod met. 4. 2. „Sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus.

I. Von den natürlichen Personen [a].

A. Dasein derselben.

§. 25.

1) Anfang und Erforderniſſe.

Eine natürliche Person ist vorhanden, sobald ein Wesen menschlicher Natur außer dem Mutterleibe [1] selbstständig lebend besteht [b]. Erforderlich ist also, daß das Kind aus dem Mutterleibe vollständig [2] ans Licht gekommen sey [c], nach dieser Trennung lebe [d], und menschliche Gestalt trage [e].

Anm. [1] Jedoch: Nasciturus pro iam nato habetur, quoties de commodis eius quaeritur. L. 7. 26. D. h. t. L. 231. D. de V. S. Sav. II. S. 12...16. Vgl. Rudorff zu Puchta §. 114. not. b. „Vermöge dieser Berücksichtigung hat schon der Ungeborne Persönlichkeit, jedoch nur eine juristische, wie die hereditas, vorausgesetzt, daß er ein liber venter ist (L. 3. D. si pars. 5. 4.). In so fern beginnt mit der Geburt nur der Mensch, nicht die Person".

[2] Nicht bloß der Kopf; jedoch a. M. Sint. §. 13. not. 4. arg. L. 12. §. 1. D. 28. 2. „si non integrum animal editum sit." Vgl. L. 3. Cod. 6. 29. „si vivus perfecte natus est, licet illico, postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit, nihilominus testamentum rumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium.

[3] Ist außerdem noch Lebensfähigkeit (Vitalität) erforderlich? L. 12. D. h. t. L. 3. §. 12. D. de suis. 38. 16.? Dagegen Sav. II. S. 385...417.; anders Puchta §. 114. Instit. II. §. 210. arg. L. 2. Cod. l. c. „uxoris abortu testamentum mariti non solvi".

§. 26.

2) Ende der natürlichen Persönlichkeit.

Das Ende der natürlichen Persönlichkeit ist der Tod, welcher, wenn davon abhängige Rechte geltend gemacht werden, wie jede andre Thatsache zu beweisen ist. Indessen kann die Ungewißheit

[a] J. de iure person. 1. 3. D. de statu hom. 1. 5. [b] L. 1. §. 1. D. de inspic. ventre. 25. 4. L. 9. §. 1. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 161. D. de V. S. [c] L. 3. Cod. de postum. 6. 29. cf. L. 12. pr. D. de liberis. 28. 2. L. 1. §. 9. D. unde cogn. 38. 8. [d] L. 2. 3. Cod. l. c. L. 129. D. de V. S. [e] L. 3. Cod. cit. L. 12. D. h. t. L. 12. §. 1. D. de lib. 28. 2. cf. L. 14. D. de religiosis 11. 7.

des gleichwohl wahrscheinlichen Todes einer Person durch gerichtliche Todeserklärung beseitigt werden. Nach heutigem Gewohnheitsrecht [1] wird angenommen, ein Abwesender, von dem man keine Kunde hat (ein (Verschollener), seit dessen Geburt aber bereits 70 Jahre verflossen sind [2], sey nicht mehr am Leben. Nach vorgängiger Untersuchung und öffentlicher Vorladung kann alsdann die gerichtliche Todeserklärung erfolgen. Diese begründet die Vermuthung des wirklichen Todes des Abwesenden, mit allen rechtlichen Folgen desselben [3], nicht auch eine Vermuthung für die Fortdauer des Lebens bis zu irgend einem bestimmten Zeitpunkte, sofern durch diese etwa rechtliche Wirkungen bedingt sind [4].

Anm. [1] Mit Unrecht geläugnet von Sint. §. 18.

[2] Psalm 89 (oder 90) v. 10. „Unser Leben währet siebzig, wenn's hoch kommt, achtzig Jahre."

[3] Nach welchem Zeitpunkte zu bestimmen? nach dem Zeitpunkte der Todeserklärung oder dem der Vollendung jener 70 Jahre? oder nach dem Zeitpunkte des Beginns der Verschollenheit? Successio ex nunc oder ex tunc? — Cropp Abh. II. 4. Bang. §. 33. Sav. II. S. 17...19.

[4] Cropp Abh. II. 5. Schäffer vom Erwerbe einer Erbschaft für einen Verschollenen in Linde's Ztschr. n. F. V. 8. Jedoch die neueste Praxis noch schwankend: Seuffert's Arch. I. 160. III. 298. V. 31.

§. 27.

3) Insbesondere von der Priorität des Todes.

Auch im Fall der Ungewißheit darüber, welche von mehreren Personen vor der andern gestorben sey, entscheidet bisweilen eine rechtliche Vermuthung. Der Regel nach, nicht ohne Ausnahme [a], wird nämlich vermuthet [b], das mündige Kind sey nach seinem Ascendenten, das unmündige vor demselben gestorben [1]. Außerdem kann ein durch die Priorität des Todes einer Person bedingtes Recht [2] nicht anders als durch deren Beweis geltend gemacht werden [c].

Anm. [1] Nicht bloß im Fall des Untergangs in erwiesener gemeinschaftlicher Lebensgefahr: arg. L. 11. pr. D. de b. p. sec. tab. 37. 11. „duobus peregre defunctis". Kierulff I. S. 92. Böcking Inst. §. 32. not. 11. Dagegen Bang. §. 33. Sav. II. S. 20...22. Seuffert's Arch. II. 125. Ganz allgemein soll die Vermuthung für den frühern Tod des Unmündigen sprechen

[a] L. 9. §. 2. D. de reb. dub. 34. 5. L. 17. §. 7. D. ad Sc. Treb. 36. 1. [b] L. 26. pr. D. de pact. dot. 23. 4. L. 9. §. 1. 4. L. 22. 23. D. de reb. dub. [c] L. 16. §. 1... L. 18. D. l. c. L. 34. D. ad Sc. Treb.

nach Mühlenbruch im civ. Arch. IV. 27., für den frühern (natürlichen) Tod der ältern Person nach Thibaut 6. Aufl. §. 211. arg. L. 15. pr. D. de inoff. test. 5. 2. „turbato ordine mortalitatis". Anders derselbe in der 8. Aufl. §. 122. not. c. — Vgl. Gaedeke de iure commorientium. Rostock 1830.

[2] Anders, wenn es wesentlich nur darauf ankommt, daß der andere nicht länger gelebt habe. L. 26. D. de m. c. donat. 39. 6. L. 32. §. 14. D. de donat. int. vir. et ux. 24. 1. Vgl. L. 9. pr. D. de reb. dub. „Qui duos impuberes filios habebat, ei qui supremus morietur Titium substituit. Duo impuberes simul in nave perierunt: quaesitum est, an substituto et cuius hereditas deferatur? Dixi: si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus; in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem. In proposita autem quaestione, ubi simul perierunt, quia, cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur, an vero neutri, quia comparatio posterioris defuncti ex facto prioris mortui sumitur? Sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit". Statt: quia cum neutri liest Hal. utrum quia neuter. Es ist aber zu lesen: in proposita autem quaestione, ubi simul perierunt, num utrique heres sit, quia, cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur? an vero neutri, quia etc.

B. Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen.

§. 28.

1) Die römischen Status [1].

Das römische Recht unterscheidet drei Hauptstufen der Rechtsfähigkeit natürlicher Personen, Status; nämlich Freiheit, Bürgerrecht und Familienstand. Die natürlichen Personen werden darnach eingetheilt 1) in liberi und servi [a], 2) in cives und peregrini, 3) in homines sui iuris und homines alieni iuris oder personae alieno iuri subiectae [b]; jene patres- beziehungsweise matres-familias genannt, diese, abgesehen von den in eines Herrn Gewalt befindlichen Sclaven, welche als solche ebenfalls zu den personae alieni iuris gehörten, filii- beziehungsweise filiae-familias, auch nepotes- und neptes-familias [c], d. i. die in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder, Hauskinder. In Verbindung damit steht die Unterscheidung einer dreifachen capitis deminutio [d], maxima, media und minima [2]. Allein das heutige gemeine Civilrecht kennt keinen Sclaven-

[a] pr. J. de iure person. 1. 3. cf. tit. 3...7 ibid. [b] D. de his qui sui vel alieni iuris sunt. 1. 6. J. 1. 8. cf. tit. 9...12 ibid. [c] L. 4. D. h. t. L. 5. §. 1. D. de bon. damn. 48. 20. L. 195. §. 2. L. 196. pr. D. de V. S. cf. L. 46. §. 1. D. eod. L. 3. §. 6. D. de lib. exhib. 43. 30. [d] D. de capite minutis 4. 5. J. de capitis minutione 1. 16.

ſtand mehr und macht auch zwiſchen Bürgern und Nichtbürgern, Inländern und Ausländern keinen Unterſchied rückſichtlich der Rechtsfähigkeit. Daher kommen die beiden erſten Gegenſätze der Perſonen, ſowie die beiden erſten Arten der capitis deminutio im heutigen Rechte nicht mehr in Betracht. Der dritte Gegenſatz iſt allerdings auch jetzt noch von praktiſcher Bedeutung; der Filiusfamilias iſt vermögensrechtlich unſelbſtändig [4]. Dieß iſt aber nur eine Wirkung des beſondern Familienverhältniſſes, welches durch die Unterwerfung unter die väterliche Gewalt entſteht. Auch die minima capitis deminutio hat an ſich ſchon nach neueſtem römiſchem Rechte kaum noch eine praktiſche Bedeutung [3].

Anm. [1] Vgl. Puchta §. 116...118. Savigny II. S. 23...169 und S. 416...515 (Beil. IV...VI.)

[2] §. 1...3. J. h. t. Maxima capitis deminutio est, quum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit.... Minor sive media, quum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur.... Minima, quum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur, quod accidit in his, qui cum sui iuris essent coeperunt alieno iuri subiecti esse, vel contra. L. 11. D. h. t. — Ueber das Weſen der min. c. d. vgl. vorzüglich Sav. S. 478 fgg. mit Puchta in krit. Jahrb. IV. S. 687. Inſtitut. II. §. 220. Scheurl Beitr. I. 9. Nach Juſtinianiſchem Recht erleiden dieſelbe a) der homo sui iuris, welcher der väterlichen Gewalt eines Andern unterworfen wird, durch Arrogation oder Legitimation. §. 3. J. h. t. L. 2. §. 2. D. h. t. b) die Kinder des Arrogirten (oder Legitimirten), die mit dieſem in die Gewalt des Arrogator übergehen. L. 3. pr. D. h. t. c) wer durch Emancipation aus der väterlichen Gewalt entlaſſen wird. §. 3. J. h. t. Theoph. ad h. l. L. 3. §. 1. D. h. t. d) das Kind, welches vom Vater vollgültig in Adoption gegeben wird. L. 11. in f. D. h. t. L. 10. Cod. de adopt. 8 48. Sav. will die drei letzten Fälle nicht mehr gelten laſſen, aber, wenigſtens ſoviel b und c betrifft, gegen den klaren Ausſpruch der Juſtinianiſchen Rechtsquellen.

[3] Nach älterem Recht hatte die min. c. d. wichtige Folgen. Sie löſte namentlich die bisherige Agnationsverbindung, worin ſogar nach der gewöhnlichen Anſicht das Weſen derſelben beſtehen ſoll (Bang. §. 34); ſie bewirkte ferner Endigung der perſönlichen Servituten des capite minutus, und Zerſtörung civilrechtlicher Forderungsklagen gegen denſelben. Allein die letzte Wirkung war ſchon durch das prätoriſche Edict ihrem praktiſchen Erfolg nach beſeitigt, L. 2. §. 1. D. h. t. (§. 121. Anm. 2.); die zweite hat Juſtinian aufgehoben durch L. 16. Cod. de usufr. 3. 33. (§. 194. Anm. 1.); die erſte beſteht zwar noch, iſt aber nicht mehr von Bedeutung, weil die Agnation ſelbſt ihre Bedeutung verloren hat (nov. 118), ſofern nicht von der Agnation zugleich die Cognation abhängt, wie bei Adoptirten der Fall iſt. L. 1. §. 4. D. unde cogn. 38. 8. (§. 427. 474.)

[4] §. 1. J. per quas person. acquir. 9. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.

2) Die bürgerliche Ehre [1].

§. 29.

a) Begriff der Ehre.

Die bürgerliche Ehre besteht in der persönlichen Achtung und Würde, welche dem Einzelnen vermöge seiner Rechtsfähigkeit und bürgerlichen Stellung zukommt [2]. Ohne alle bürgerliche Ehre gibt es keine Rechtsfähigkeit, eine Minderung der Ehre aber berührt auch die Rechtsfähigkeit der Person auf nachtheilige Weise.

Anm. [1] Marezoll, die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung. Gießen 1824. Sav. II. §. 76...83. S. 170...230. nebst Beil. VII. S. 516...559.

[2] L. 5. §. 1. D. de extraord. cogn. 50. 13. Existimatio est dignitatis illaesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur. — Gemeine bürgerliche Ehre und besondere Standesehre. Puchta §. 119.

b) Ehrenminderung.

α) Nach römischem Recht.

§. 30.

aa) Im Allgemeinen.

Nach römischem Recht erleidet, wer das Bürgerrecht zur Strafe verliert, zugleich den Verlust der darauf beruhenden bürgerlichen Ehre [a]. Gemindert aber ist die Ehre desjenigen, welcher durch seine Handlungen oder seinen Zustand in der sittlichen Achtung seiner Mitbürger herabgesetzt ist, so daß er in rechtlichen Beziehungen gegen den ehrenhaften (unbescholtenen) Bürger zurücksteht [b]. Das sittliche Urtheil kann im Allgemeinen durch eine Rechtsvorschrift ausgesprochen seyn, welche mit gewissen Handlungen oder Zuständen eine Ehrenminderung als rechtliche Folge verbindet. Eine solche Ehrenminderung ist im römischen Recht die Infamie, infamia. Die Verächtlichkeit einer Person, welche ohne Rechtsvorschrift nur in dem Sittenurtheil der Mitbürger begründet ist, heißt dagegen nota oder turpitudo [c]. Heutzutage bezeichnet man diesen Gegensatz durch die Ausdrücke infamia iuris und infamia facti [d].

[a] L. 5. §. 3. D. de extraord. cogn. 50. 13. [b] L. 5. §. 2. D. l. c. [c] L. 27. Cod. de inoff. test. 3. 28. [d] cf. L. 2. pr. D. de obsequiis 38. 15. L. 39. D. de furtis 47. 2.

§. 31.

bb) Infamie.

Die Infamie[a] entſteht nach römiſchem Recht theils als unmittelbare Folge einer Handlung oder eines Zuſtandes der Perſon, ſog. infamia immediata, theils erſt in Folge eines richterlichen Urtheils, welches die Perſon einer unehrenhaften Handlungsweiſe ſchuldig erkennt, mit welchem jedoch auch eine die Abwendung der Verurtheilung bezweckende Maßregel gleiche Wirkung haben kann, ſog. infamia iuris mediata[1]. Die einmal entſtandene Infamie dauert der Regel nach fort bis zum Tode der Perſon[b]; beſeitigt wird ſie nur durch Wiederaufhebung des entehrenden Urtheils[c] und durch Wiederverleihung der Ehrenhaftigkeit durch den Regenten (restitutio famae), welche aber nicht ſchon in dem bloßen Erlaß der Strafe enthalten iſt[d]. Demjenigen, welcher eine zu ſchwere Strafe ungerechter Weiſe erlitten hat, ſoll zur Vergeltung dafür die Infamie erlaſſen ſein[e]. Die Wirkungen, welche der Infamie namentlich beigelegt werden, ſind, daß der Infamis von Ehrenämtern[f] und regelmäßig von der Befugniß, für Andre vor Gericht Anträge zu machen[g], daher auch von der Anſtellung einer popularis actio[h] ausgeſchloſſen iſt[2], ſodann, daß die Erbeinſetzung eines Infamis die ehrenhaften Geſchwiſter zur Anfechtung des Teſtaments berechtigt[i].

Anm. [1] Die meiſten Fälle der Infamie ſind in der die betreffende Stelle des Edicts enthaltenden L. 1. D. h. t. angegeben: Infamia notatur a) qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit; b) qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scenam prodierit; c) qui lenocinium fecerit; d) qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit; e) qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit; f) qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit; g) qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse

[a] D. de his qui infamia notantur 3. 2. Cod. ex quibus causis infamia irrogetur 2. 12. de infamibus 10. 57. cf. Vat. fragm. §. 320...324. tab. Heracl. v. 106...141. [b] L. 43. §. 4. D. de ritu nupt. 23. 2. L. 6. Cod. h. t. cf. L. 8. D. de postul. 3. 1. L. 3. §. 1. D. de decurion. 50. 2. L. 3. Cod. h. t. [c] L. 1. §. 10. D. de postul. 3. 1. [d] L. 1. §. 9. 10. D. l. c. cf. L. 3. Cod. de generali abolit. 9. 43. [e] L. 4. Cod. h. t. L. 13. §. 7. D. h. t. L. 10. §. 2. D. de poenis 48. 18. [f] L. un. Cod. de infam. L. 2. Cod. de dign. 12. 1. L. 3. Cod. de re milit. 12. 36. [g] L. 1. §. 5. 6. 8. D. de postul. 3. 1. [h] L. 4. D. de pop. act. 47. 23. [i] L. 27. C. de inoff. test. 3. 28. cf. L. 11. 19. Cod. eod.

sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit; h) eamve sciens quis uxorem duxerit, non iussu eius, in cuius potestate est, et i) qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit; k) quive suo nomine, non iussu eius, in cuius potestate esset, eiusve nomine, quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit. — Von diesen Fällen gehören d, e, f zu der sog. infamia mediata, die übrigen zu der sog. infamia immediata. Es sind aber zur Ergänzung noch folgende verwandte Fälle hinzuzufügen: zu b) qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret, locaverit, und qui virtutis ostendendae causa hoc faciunt sine mercede, si in arena passi sunt se honorari. L. 1. §. 6. D. de postulando. 3. 1.; zu c) qui corpore suo muliebria passus est, L. 1. §. 6. cit., quae corpore quaestum fecit. L. 43. D. de ritu nupt. 23. 2, quae in adulterio deprehensa est, L. 43. §. 12. 13. D. l. c.; zu d) alle iudicio publico damnati, L. 7. D. de iud. publ. 48. 1., deßgl. die sich der Criminalunterſuchung argliſtig entziehen, L. 6. §. 3. D. de decurion. 50. 2., zudem auch die Söhne von Hochverräthern nach L. 5. §. 1. Cod. ad leg. Jul. maiest. 9. 8.: zu e): auch das crimen extraordinarium wegen derſelben oder ähnlicher Vergehen hat dieſelbe Wirkung, L. 12. Cod. L. 13. §. 8. D. h. t. L. 7. D. cit.; deßgleichen unerlaubter Zinswucher, L. 20. Cod. h. t.; Bruch eines beſchworenen Vergleiches, L. 41. Cod. de transaction. 2. 4.; unbewieſene Delation, L. 2. pr. L. 18. §. 7. D. de iure fisci. 49. 14.; zu f): im Fall beſondrer Unredlichkeit hat auch die contraria actio dieſelbe Wirkung, L. 6. §. 5. 7. D. h. t. cf. L. 22. Cod. h. t.; den Vormund infamirt auch suspecti remotio, §. 6. J. de suspect. tut. 1. 26.; zu g...i) die Wittwe ſelbſt, die das Trauerjahr verletzt, L. 11. §. 3. D. h. t. L. 15. Cod. h. t.; der Vormund, der ſich ſelbſt oder ſeinen Sohn mit der Mündel verheirathet, L. 66. D. de ritu nupt. 23. 2.; zu k) auch alteri sponsa alteri nupta, L. 13. §. 3. D. h. t.

[2] Im prätoriſchen Edict waren die Infames namentlich wegen der Beſchränkung ihrer Fähigkeit zu Anträgen bei Gericht (postulare) aufgezählt. Der Infamis konnte demnach regelmäßig auch nicht Andre vor Gericht vertreten. Fragm. Vat. 1. c. Paul. sentt. I. 2. §. 1. 3. Nach älterem Recht konnte die Partei ſelbſt ſowohl gegen den unbeſcholtenen Stellvertreter der infamen als gegen den infamen Stellvertreter der unbeſcholtenen Gegenpartei proteſtiren (procuratoria exceptio). Dieß iſt aber im Juſt. Recht abgeändert. §. ult. J. de except. 4. 13. Puchta §. 120. — Nach der lex Julia de maritandis ord. war die Infamie noch wichtig in Anſehung der Ehe; aber auch dies iſt im neuern Recht abgeändert. Vgl. L. 28. 29. Cod. de nupt. 5. 4. nov. 117. cap. 6. Sav. §. 82. und Beil. VII.

§. 32.

cc) Turpitudo.

Wenn eine Perſon durch ihr Betragen oder ihren Zuſtand, ohne Rückſicht darauf, ob damit durch Rechtsvorſchrift eine Ehren-

minderung verknüpft iſt, doch nach dem ſittlichen Urtheil der Mitbürger als verächtlich ſich darſtellt, ſo kann auch dieſes rechtlich bedeutend werden, inſofern in manchen Beziehungen auf die moraliſche Würdigung der Perſon etwas ankommt [1]. Dies iſt namentlich der Fall in Anſehung der Bekleidung von Ehrenämtern [a] und der Zulaſſung zur Anſtellung ehrenrühriger Klagen gegen ehrenhafte Perſonen [b] oder zu vormundſchaftlicher Verwaltung [c], ferner bei dem interdictum de liberis exhibendis bezüglich der Beſtimmung des Beſitzſtandes während des Rechtsſtreites [d], bei der Beſchwerde der Geſchwiſter über liebloſe Ausſchließung von der Erbſchaft [e], und in Anſehung der Zeugnißfähigkeit einer Perſon [f]. In denſelben Beziehungen wird natürlich auch die eigentliche Infamie berückſichtigt, wie ſie denn in einigen jener Fälle auch ausdrücklich neben der Turpitudo genannt iſt [2].

Anm. [1] L. 27. Cod. de inoff. test. 3. 28. ... Consanguinei .... de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur. cf. L. 2. pr. D. de obseq. par. 37. 15. Licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati (sc. per procuratorem de dolo aut iniuriarum), re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam. L. 1. §. 5. D. de postul. „praetor .... notavit personas turpitudine notabiles."

[2] Vgl. §. 31. not. f. i. Auch in Anſehung der Wirkung in §. 31. not. g. iſt die Infamie eigentlich auf gleiche Linie mit der Turpitudo überhaupt geſtellt, nachdem der Gegenpartei das Recht, dieſelbe geltend zu machen, abgeſprochen, alſo dem Ermeſſen des Richters die Entſcheidung über die ſittliche Würdigkeit der Perſon überlaſſen iſt. Puchta §. 120. not. cc. dd.

§. 33.

β) Heutige Anwendbarkeit des römiſchen Rechts.

Die ſogenannte infamia facti kommt auch im heutigen Recht noch in Betracht, wo ſie nach römiſchem Recht civilrechtliche Wirkungen äußert; aber es kommt dabei auf die heutzutage herrſchenden ſittlichen Anſichten an. Was die eigentliche Infamie betrifft, ſo iſt die Infamie wegen Verletzung des Trauerjahrs durch das canoniſche Recht ausdrücklich aufgehoben [a]; dagegen ſind in Reichsgeſetzen einige neue Fälle genannt [b]. Als Wirkung derſelben wird

[a] L. 2. Cod. de dignit. 12. 1. [b] L. 11. §. 1. D. de dolo. 4. 3. [c] L. 27. §. 1. D. de test. tut. 26. 2. [d] L. 3. §. 4. 5. D. de lib. exhib. 43. 30. [e] L. 27. Cod. de inoff. test. 3. 28. [f] L. 3. pr. D. de test. 22. 5. Nov. 90. cap. 1.

[a] cap. 4. 5. X. de secund. nupt. 4. 21. [b] RPO. von 1577. Tit. 23 §. 2. RA. v. 1670. §. 10. v. 1551. §. 80. cf. auth. *habita.* und *agriculiores.*

im canonischen Recht noch die Ausschließung von der Procuratur angegeben [c], in Reichsgesetzen die Ausschließung von Zünften und vom Notariat [d]. Allein in der Praxis hat das römische Recht in dieser Beziehung weit bedeutendere Modificationen erfahren. Eine infamia immediata wird als infamia iuris überall nicht mehr anerkannt [1], eine infamia mediata nicht mehr als Folge einer Civilklage, bei strafrechtlicher Verurtheilung aber soll nach der Meinung vieler Praktiker ein ausdrückliches Erkenntniß auf Infamie zur Begründung derselben erforderlich seyn, wenn nicht nach heutigen Begriffen die Strafe selbst infamirt [2]. In der That hat die ganze römische Theorie von der Infamie ihre unmittelbare praktische Bedeutung im heutigen gemeinen Civilrecht verloren; die der Infamie eigenthümlichen Wirkungen sind weggefallen oder gehören dem Civilrecht nicht an, und wo sonst noch eine Ehrenminderung civilrechtlich bedeutend ist, da ist es eben nicht mehr der bestimmte Begriff der römischen Infamia [3].

Anm. [1] Einige Fälle behauptet noch Kierulff I. S. 102. 103.

[2] Dagegen Kierulff a. a. O.

[3] Vgl. vorzüglich Sav. a. a. O. §. 83. mit Phillips' deutsch. Privatrecht. §. 35...39. Bluntschli deutsches Privatr. §. 30. 32. Böcking Pand. I. §. 32. „Die neuere Lehre von den Ehrenschmälerungs-Gründen und Wirkungen beruht auf Gewohnheits- und Particular-Rechten, die sich großentheils unter dem auch in den Reichsgesetzen hervortretenden verwirrenden Einfluß der Bestimmungen des nationalen röm. Rechts von den german. Rechtsgrundsätzen abweichend gebildet haben."

§. 34.

3) Einfluß des Religionsbekenntnisses auf die Rechtsfähigkeit.

Nach römischem Recht und nach dem Rechte des Mittelalters war das Religionsbekenntniß für die rechtliche Stellung der Person sehr wichtig [a]. Heutzutage sind in Deutschland bundesgesetzlich die drei christlichen Religionsparteien in bürgerlichen und politischen Rechten einander gleichgestellt [1], und auch in Ansehung anderer Religionsbekenntnisse sind die civilrechtlichen Beschränkungen in der Praxis durchgängig beseitigt. In Ansehung der Juden hatten sich noch einige singuläre Rechtsbestimmungen im gemeinen Recht

[c] cap. 1. 2. C. 3. qu. 7. [d] RPO. Tit. 38. §. 4. RG. v. 1731. §. 13. RO. §. 2.

[a] Cod. de haereticis 1. 5. de apostatis 1. 7. de iudaeis 1. 9. de paganis 1. 11. nov. 132. — cf. auth. *item* und *credentes*. X. de haeret. 5. 7., in 6to 5. 2. Clem. 5. 3. X. de apostat. 5. 9. de iudaeis 5. 6.

erhalten und noch mehr dergleichen in Particularrechten gebildet, sind aber in neuester Zeit durch Particulargesetzgebung meist ebenfalls aufgehoben[2].

Anm. [1] BA. Art. 16. „Die Verschiedenheit der christlichen Religionsparteien kann in den Ländern und Gebieten des deutschen Bundes keinen Unterschied in dem Genusse der bürgerlichen und politischen Rechte begründen." Vgl. Sav. II. S. 231...234.

[2] Die Grundrechte des deutschen Volks sagten §. 16: „Durch das religiöse Bekenntniß wird der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte weder bedingt noch beschränkt." §. 20: „Die Religionsverschiedenheit ist kein bürgerliches Ehehinderniß." Vgl. aber oben § 12. Darnach die preuß. Verf. von 1850. Art. 12. „Der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte ist unabhängig von dem religiösen Bekenntnisse." Bayer. Ges. vom 29. Juni 1851. Art. 1. „Alle Ausnahmsbestimmungen, welche in den verschiedenen Landestheilen des Königreichs bezüglich der Verhältnisse der jüdischen Glaubensgenossen zu den Christen in Ansehung des bürgerlichen Rechts bestehen, ... sind aufgehoben," u. s. w. (Jedoch mit einem Vorbehalt in Betreff der Ehe, Art. 2.).

C. Andere juristisch bedeutende Eigenschaften und Zustände der Personen.

§. 35.

1) Geschlecht.

Das Recht erkennt nur zwei Geschlechter an, das männliche und weibliche, kein Mittelding zwischen beiden [a]. Regelmäßig stehen die Personen beiderlei Geschlechts privatrechtlich einander gleich.

Anm. L. 1. D. de V. S.: Verbum hoc *si quis* tam masculos quam feminas complectitur. L. 195. pr. eod. Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur. Dagegen L. 45. pr. D. de legat. II. Exemplo pessimum est feminino vocabulo etiam masculos contineri. — Vgl. aber L. 9. D. de statu hom. 1. 5. L. 18. D. de testib. 22. 5. §. 10. J. de adopt. 1. 11. L. 2. D. de R. J. Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt, et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores esse.

§. 36.

2) Alter.

Der Unterschied des Alters[1] ist vorzüglich wichtig in Betreff der juristischen Handlungsfähigkeit. Die beiden wichtigsten Altersstufen

[a] L. 10. D. de statu hom. 1. 5. L. 15. §. 1. D. de testib. 22. 5. L. 6. §. 2. D. de lib. et post. 28. 2.

sind die Mündigkeit, Pubertät, und die Volljährigkeit oder Großjährigkeit, Majorennität [2]. Jene beginnt beim männlichen Geschlechte mit Vollendung des vierzehnten, beim weiblichen Geschlechte mit Vollendung des zwölften Lebensjahres [a]; die Personen dieses Alters heißen mündige, mannbare, puberes; die jüngern Personen heißen unmündige, impuberes, pupilli. Die Volljährigkeit beginnt bei allen Personen mit Vollendung des fünfundzwanzigsten Lebensjahres [b]; die Personen dieses Alters heißen volljährige, majorenne, d. i. majores viginti quinque annis; die jüngern minderjährige, minorenne, d. i. minores XXV. annis. Jedoch kann ein Minderjähriger von wenigstens zwanzig Jahren, eine Minderjährige von wenigstens achtzehn Jahren durch Gewährung des Regenten für volljährig erklärt werden, veniam aetatis erlangen [c], wodurch sie aber gleichwohl nicht in jeder Beziehung den natürlich Volljährigen gleichgestellt werden [d]. Unter den Unmündigen werden noch unterschieden infantes, Kinder im engern Sinn, die noch nicht das siebente Lebensjahr zurückgelegt haben [3], und infantia maiores [e]. Im Alter der Mündigkeit aber wird in gewissen Beziehungen noch eine sogenannte plena pubertas, mit achtzehn Jahren beim männlichen, mit vierzehn Jahren beim weiblichen Geschlechte, unterschieden [f]. Nicht allgemein nach Jahren bestimmt ist der Unterschied zwischen pubertati proximi und infantiae proximi [g]; ebenso wenig die Stufe des hohen Alters [h], senectus [4].

Anm. [1] Vgl. Sav. III. S. 81...82. §. 106...111.

[2] Im Deutschen wird Mündigkeit häufig gleichbedeutend mit Volljährigkeit genommen. Sint. §. 13. Kraut, Vormundschaftsrecht I. S. 154.

[3] Vgl. darüber insbesondere gegen Unterholzner in Ztschr. f. gesch. Rtsw. I. 3. die Heidelb. Jahrb. Bd. VIII. Jahrg. 1815. S. 664 fgg. und Sav. a. a. O. S. 29...36.

[4] Vgl. Thibaut im civ. Arch. VIII. 2.

[a] L. 3. Cod. quando tut. esse desin. 5. 60. pr. J. quib. mod. tut. fin. 1. 22. [b] L. 1. §. 2. 3. D. de minorib. 4. 4. cf. L. 5. Cod. quando dies leg. 6. 53 (legitima aetas). [c] Cod. de his qui veniam aetatis impetraverunt. 2. 45. [d] L. 3. 4. Cod. l. c. [e] L. 1. §. 2. D. de admin. 26. 7. L. 14. D. de sponsal. 23. 1. L. 18. pr. §. 4. Cod. de iure delib. 6. 30. cf. L. 6. D. rem. pup. 46. 6. L. 8. Theod. Cod. de matern. bon. 8. 18. [f] L. 40. §. 1. D. de adopt. 1. 7. L. 14. §. 1. D. de aliment. leg. 34. 1. cf. L. 57. D. de re iud. 42. 1. [g] §. 10. J. de inutil. stip. 3. 19. §. 18. J. de obl. ex delicto 4. 1. L. 111. pr. D. de R. J. L. 13. D. de dolo malo 4. 3. [h] z. B. L. 15. §. 2. D. de adopt. 1. 7. L. 8. D. de testib. 22. 5. L. 2. §. 1. D. de vacat. 50. 5. u. a.

§. 37.

3) Gesundheit [1].

Auch der Mangel der körperlichen oder geistigen Gesundheit [a] einer Person kann juristisch bedeutend werden. Es besteht aber 1) der Mangel der körperlichen Gesundheit entweder in Krankheit im engern Sinn, morbus [b], insbesondere morbus sonticus [c], wenn die Krankheit zu einem juristischen Geschäfte untüchtig macht, oder in einem beständigen Gebrechen des Körpers, vitium [d], z. B. Taubheit, Blindheit, Stummheit, Zeugungsunfähigkeit (spadones, castrati, thlibiae et thlasiae [e]. 2) Die geistige Krankheit besteht in einer Störung oder Schwächung der geistigen Kräfte, vermöge deren die Person entweder einer geordneten Willensbestimmung gänzlich unfähig, mentis suae non compos, wahnsinnig [2], blödsinnig, furiosus, demens, mente captus [f], oder doch der Leitung und des Beistandes eines Andern bedürftig ist [g], fatuus, stultus, simplex, auch wohl mente captus. Zu solchen geistig kranken Personen wird auch der gerichtlich erklärte Verschwender gezählt [3], is cui a praetore bonis interdictum est, prodigus, sc. civiliter talis [h].

Anm. [1] Vgl. Sav. §. 112. III. S. 83...90.

[2] Beim Wahnsinn sind lichte Zwischenräume möglich, in denen die Handlungsfähigkeit ungestört ist: lucida intervalla, intermissio oder remissio furoris, L. 14. D. de off. praes. 1. 18. L. 22. §. 7. D. soluto matr. 24. 3. L. 6. Cod. de cur. fur. 5. 70.

[3] L. 40. D. de R. J. (Pompon. lib. 34. ad Sab.) Furiosi vel eius, cui bonis interdictum est, nulla voluntas est. Aber vgl. L. 19. D. de aqua et aquae pluv. 39. 3. (Sab. lib. 14. ad Qu. Muc.) Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione. L. 20. ibid. (Pomp. lib. 34 ad Sab.) Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit: nulla enim voluntas errantis est. cf. L. 5. §. 1. D. de acquir. her. 29. 2. L. 3. D. de novat. 46. 2.

[a] L. 45. §. 4. D. de excusat. 27. 1. L. 20. D. de iniusto test. 28. 3. [b] L. 101. §. 2. D. de V. S. [c] L. 113. D. de V. S. L. 60. D. de re iud. 42. 1. L. 65. §. 1. D. de aed. ed. 21. 1. L. 46. D. de iud. 5. 1. [d] L. 101. §. 2 cit. [e] §. 9. J. de adopt. 1. 11. u. Theoph. ad h. l. L. 2. §. 1. L. 40. §. 2. D. de adopt. 1. 7. L. 128. D. de V. S. cf. L. 6. §. 2. L. 7. D. de aed. ed. 21. 1. L. 39. §. 1. D. de iure dot. 23. 3. L. 6. pr. §. 1. D. de lib. et post. 28. 2. [f] §. 8. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 5. 40. D. de R. J. cf. L. 20. D. de statu hom. 1. 5. L. 25. Cod. de nupt. 5. 4. L. 28. Cod. de episcop. aud. 1. 4. tit. Dig. de curat. furiosi. 27. 10. [g] §. 4. J. de curat. 1. 23. L. 45. §. 2. D. de excusat. 27. 1. L. 2. D. de postul. 3. 1. L. 19. §. 1...21. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. [h] §. 3. J. de curat. 1. 23. §. 2. J. quib. non est permiss. fac. test. 2. 12. cf. Gai. I. 53. Ulp. XII. 2. 3. Paul. sentt. III. 4b §. 7.

4) Verwandtschaft.

§. 38.

a) Begriff und Arten [a].

Verwandtschaft (cognatio) ist die gegenseitige Beziehung, welche unter zwei Personen durch Abstammung der einen von der andern oder durch Abstammung beider von demselben Dritten oder durch ein juristisch jener gleichwirkendes Ereigniß begründet ist, während unter Schwägerschaft (affinitas) nur das Verhältniß zwischen einem Ehegatten und den Verwandten des andern verstanden wird [1]. Die Verwandtschaft ist 1) entweder eheliche oder uneheliche [b], 2) entweder natürliche oder künstliche, Adoptivverwandtschaft [c], 3) entweder Verwandtschaft in aufsteigender oder absteigender Linie (linea superior, ascendens, oder inferior, descendens) oder in der Seitenlinie (linea transversa, obliqua), daher Ascendenten, Descendenten, Seitenverwandte oder Collateralen [2]; die letzten aber können entweder vollbürtige oder halbbürtige seyn [3]; 4) entweder einfache oder mehrfache Verwandtschaft [4]; 5) entweder Cognation im engern Sinn oder Agnation, welche letzte aber im neuesten Justinianischen Recht ihre Wichtigkeit verloren hat [d]. Den Grad der Verwandtschaft zwischen zwei Personen berechnet das römische Recht durchgängig nach der Anzahl der ihre Entstehung bewirkenden Zeugungen oder Generationen [e] (computatio civilis), das canonische Recht aber in der Seitenlinie nach dem Grade der Verwandtschaft beider zu dem nächsten gemeinschaftlichen Ascendenten [f]. Die Grade der Schwägerschaft berechnet man nach dem Grade der Verwandtschaft des einen Affinen mit dem Ehegatten des andern.

Anm. [1] Auch das Verhältniß unter den Ehegatten selbst? Fragm. Vat. §. 218. 262. L. 38. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 15. Cod. de donat. ante nupt. 5. 3. Vgl. Sell im Arch. für civ. Praxis. XXII. S. 237 fgg.

[2] Respectus parentelae. §. 3. J. de nupt. 1. 10. Diesen Beiträge. Abh. VI.

[3] Nach moderner Terminologie: germani, consanguinei, uterini; nach römischem Sprachgebrauche ist auch der vollbürtige Bruder consanguineus.

[a] J. de gradibus cognationum 3. 6. Dig. de gradibus et affinitatibus 38. 10. X. de consanguinitate et affinitate 4. 14. [b] §. 12. 13. J. de nupt. 1. 10. Cod de liberis natural. 5. 27. nov. 89. [c] J. de adoption. 1. 11. Dig. 1. 7. Cod. 8. 48. X. de cognatione legali 4. 12. cf. X. de cognatione spirituali 4. 11. [d] J. de legitima agnatorum tutela 1. 15. de legit. agnat. succ. 3. 2. nov. 118. [e] L. 1. sqq. D. h. t. [f] C. 35. qu. 5. cap. 9. X. h. t.

[4] Ueber den Unterſchied der vollbürtigen und halbbürtigen Seitenverwandtſchaft von der einfachen und mehrfachen Blutsverwandtſchaft vgl. Hugo Magazin IV. 7. 16.

§. 39.

b) Vermuthung der Verwandtſchaft.

Wer mit einer Frau in gültiger Ehe lebte, gilt vermöge juriſtiſcher Vermuthung für den Vater des Kindes, welches von jener nach Ablauf von 181 Tagen ſeit Eingehung der Ehe und vor Ablauf von 10 Monaten ſeit Auflöſung der Ehe geboren iſt[1]. Gegen dieſe Vermuthung iſt jedoch der Gegenbeweis zuläſſig, daß das Kind nicht vom Ehemanne erzeugt ſeyn könne[2]. Die außereheliche Zeugung begründet dagegen keine eigentliche rechtlich wirkſame Verwandtſchaft des Erzeugten mit dem Erzeuger, während zwiſchen der Mutter und dem unehelichen Kinde allerdings wahre Cognation beſteht[3].

Anm. [1] L. 12. D. de statu hom. 1. 5. Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est;... et ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse. — L. 3. §. 11. 12. D. de suis. 38. 16. Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et Divus Pius pontificibus rescripsit, iusto tempore videri natum. Daher die Regel: Pater est, quem nuptiae demonstrant. L. 5. D. de in ius voc. 2. 4. Seuffert's Archiv II. 254.

[2] L. 6. D. de his qui sui vel al. iur. 1. 6. Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua; placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente vel alia causa, vel (*Hal.* velut) si ea valetudine paterfamilias sit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse. cf. L. 29. §. 1. D. de probat. 22. 3. L. 11. §. 9. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5. — Puchta S. 41. Seuffert's Arch. I. 161...163. III. 299.

[3] §. 12. J. de nupt. 1. 10. Quales sunt ii, quos mater vulgo concepit; nam nec hi patrem habere intelliguntur... quasi sine patre filii. Vgl. L. 4. in f. D. de in ius voc. 2. 4. L. 4. D. unde cogn. 38. 8. Jedoch: §. 10. J. l. c.

§. 40.

5) Wohnsitz [a].

Wohnort (domicilium) einer Person ist der Ort, welcher den Mittelpunkt ihres bürgerlichen Lebens und ihrer Geschäfte bildet [1]. Man kann sich denselben nach seinem Belieben wählen, durch die That verbunden mit der entsprechenden Absicht (domicilium voluntarium), und so wird er auch durch entgegengesetzte That aufgehoben [b]. Manche Personen aber haben ihren Wohnsitz gesetzlich an einem bestimmten Orte, ohne Rücksicht auf eigene Wahl, domicilium necessarium [c]. Der Wohnort kommt in Betracht theils bei der Frage nach dem Gerichtsstand einer Person, theils bei der Frage, nach dem Rechte, welches Ortes deren Rechtsverhältnisse zu beurtheilen seyen? [2] Bald mit Rücksicht auf den Wohnort, bald aber auch relativ mit Rücksicht auf andre Umstände bestimmt sich der Begriff der Anwesenheit und Abwesenheit (praesentia, absentia).

Anm. [1] L. 203. D. de V. S. ...eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet suarumque rerum constitutionem fecisset. L. 7. Cod. h. t. Cives quidem origo, manumissio, allectio vel adoptio facit, incolas vero domicilium. Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est, peregrinare videtur, quo si rediit, peregrinari iam desiit. cf. L. 17. §. 13. L. 27. §. 1. D. h. t. Gleichzeitig mehrere Wohnsitze: L. 5. 6. §. 2. L. 27. §. 2. D. h. t. — Ueber origo und domicilium (municipes und incolae, ius originis und ius incolatus) nach römischem und heutigem Recht vergl. Sav. VIII. S. 39...66. 89...95.

[2] Sav. S. 67...89 (röm. Rt.), S. 95 fgg. (heut. Rt.)

II. Von den juristischen Personen.

§. 41.

A. Nähere Bestimmung des Begriffs. Arten [1].

Eine juristische Person ist ein Rechtssubject, das nur vermöge juristischer Fiction ohne natürliche Persönlichkeit besteht, also als solches nur ein intellectuelles, kein natürliches Daseyn hat. Es gehört dazu die Anerkennung der Persönlichkeit durch das Recht,

[a] Dig. ad. municipalem et de incolis 50. 1. Cod. de incolis 10. 39. [b] L. 20. 27. §. 3. in f. L. 31. D. h. t. [c] L. 22. §. 1. L. 38. §. 3. D. h. t. — L. 3. 4. L. 17. §. 11. ibid. — L. 23. §. 1. h. t. — L. 22. §. 3. cf. L. 27. §. 3. ibid.

ſie beruhe auf einem Rechtsſatz oder auf beſondrer Bewilligung von Seiten der Staatsgewalt. Die äußere Unterlage der juriſtiſchen Perſon kann beſtehen in einer Vereinigung natürlicher Perſonen (universitates, sc. personarum, Gemeinheiten); die wichtigſte Geſammtheit dieſer Art aber, der Staat ſelbſt, wird in privatrechtlichen Beziehungen durch den Fiscus, d. i. das geſammte Staatsvermögen, als eigene juriſtiſche Perſon vorgeſtellt[2]. Die juriſtiſche Perſönlichkeit kann auch ſonſt an einen Güterinbegriff geknüpft ſeyn, der gewiſſem Zwecke gewidmet iſt, zu deſſen Sicherung und Förderung ein eigenes jenem Vermögen unſichtbar inwohnendes Rechtsſubject angenommen wird (Stiftungen, piae causae). Und um den Uebergang des Vermögens auf die Erben zu vermitteln, wird auch die Erbſchaft, ſo lange ein Erbe noch nicht wirklich eingeſetzt iſt (hereditas iacens), als Rechtsſubject angeſehen[3]. Das Weſen dieſer juriſtiſchen Perſonen aber beſteht darin, daß ſie als ſelbſtändige rechtsfähige Individuen in die Reihe der im Staate anerkannten Perſönlichkeiten treten und als wahre Subjecte von Rechtsverhältniſſen (Vermögensverhältniſſen) gelten[4], wodurch jedoch eine Verſchiedenheit in dem Umfang der Rechtsfähigkeit der verſchiedenen juriſtiſchen Perſonen nicht ausgeſchloſſen iſt[5].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Sav. §. 85...102. Bd. II. S. 285...375 und dazu Puchta in krit. Jahrb. IV. S. 701...715, im Art. Corporation (Rechtslexikon Bd. III. S. 65...79., kl. civ. Schriften Nr. 28.), Vorleſ. §. 25...28. ſodann Pfeiffer die Lehre von den jur. Perſ. nach gemeinem und württemb. Rt. Tübingen 1847. Uhrig Abh. über die jur. Perſ. nach d. gemeinen und dem beſondern Recht im Königr. Bayern. Dilingen 1854. — Dirkſen über den Zuſtand der jur. Perſ. nach R. R. in ſeinen civ. Abh II. 1.

[2] Streitig: ob im Privatrecht als beſondre juriſtiſche Perſonen in Betracht kommen a) die (ſucceſſiven) Inhaber der Staats- oder Kirchengewalt? L. 56. D. de legat. II. (31). Quod principi relictum est, qui, antequam dies legati cedat, ab hominibus ereptus est, successori eius debetur. cf. L. 57. eod. Si Augustae legaveris et ea inter homines esse desierit, deficit quod ei relictum est. cap. 5. de rescript. in 6to. Sedes ipsa (apostolica) non moritur. b) die (gleichzeitigen oder ſucceſſiven) Inhaber ſonſt einer obrigkeitlichen Gewalt, Aemter? L. 25. D. ad municip. 50. 1. Magistratus municipales, quum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem sustinent. cf. L. 20. §. 1. D. de ann. leg. 33. 1. — Mühlenbruch §. 196. Göſchen I. S. 201. Böcking Inſt. §. 62. *h. k.* Dagegen Sav. §. 103. Vgl. Uhrig S. 21. 49.

[3] Anderer Meinung iſt Sav. §. 102. Holzſchuher I. S. 262. Dagegen Puchta Jahrb. IV. S. 712...714 und unten §. 465. Anm. 2.

[4] L. 22. D. de fideiussor. 46. 1. Hereditas personae vice fungitur,

sicuti municipium et decuria et societas. Mühlenbruch §. 196. „Fictas personas eas appellamus, quae, cum in oculos non incurrant, tamen mente et cogitatione informantur tamquam personae, quibus civitas tribuatur". — Vgl. Böcking I. §. 36. — Streitfrage: ob auch Grundstücke, insofern ihnen Dienstbarkeiten zustehen oder darauf haften, Privilegien damit verbunden sind oder Reallasten darauf ruhen, als jur. Personen anzusehen sind? Heise Grdr. I. §. 98. Böcking Inst. §. 62. d. Pand. §. 36. Dagegen mit den meisten Sav. §. 103. Puchta §. 28. not. l. „Diese schon ihrem Resultat nach höchst widernatürliche Ansicht bedarf kaum einer Widerlegung"; wogegen Böcking: „Unbegründete Aburtheilung ist gewiß kaum eine Widerlegung." Vgl. z. B. a) L. 12. D. de serv. 8. 1. „Fundo servitus adquiritur", L. 31. D. de s. p. r. 8. 3. „num imus fundus id ius aquae amisisset", u. a.; sodann L. 31. in f. D. de neg. gest. 3. 5. „sententia praedio datur"; L. 7. pr. D. de publican. 39. 4. „in vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri," u. a. b) L. 17. §. 3. D. de s. p. u. 8. 3. „hoc igitur pollicetur venditor, sibi quidem stillicidiorum servitutem deberi, se autem nulli debere"; L. 5. §. 9. D. de op. n. nunt. 39. 1. „ius suum diminuit, alterius auxit, hoc est, ... servitutem aedibus suis imposuit"; L. 86. D. de V. S. Quid aliud sunt iura praediorum quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? und L. 4. §. 5. D. fin. reg. 10. 1. „magis fundo quam personis fines adiudicari intelliguntur". — Wenn man hierbei unter anderm viel Gewicht legt auf den Ausdruck: praedium serviens und ähnliche, so müßte man consequent auch die bewegliche Sache, quae personae servit, als jur. Person nennen. Auch sagt man sogar: „ager itineri servit" (L. 13. §. 1. D. 8. 3.) und „pecori debetur appulsus" (L. 1. §. 18. D. 43. 20.), wornach man buchstäblich sogar das liebe Vieh zu einer jur. Person machen müßte. Vgl. auch Elvers' röm. Servitutenlehre S. 95. fg. und Kuntze in der Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 549. fg. „Um einer bloßen elegantia iuris und der Glätte einiger Rechtsätze willen greift man nicht zu so ungewöhnlichen Mitteln, wie die Ertheilung der Rechtsfähigkeit ist;" und „wir kommen durch die wörtliche Auffassung jener Redensarten zu dem Ergebniß, daß gerade die nicht mit Servitut belasteten praedia Personen (libera), die belasteten dagegen Nicht-Personen, nämlich Sklaven seyen."

B. Von einzelnen Arten juristischer Personen insbesondere.

1) Gemeinheiten. Universitates [a].

§. 42.

a) Wesen derselben.

Eine Gemeinheit, universitas [b], Corporation [1], ist eine juristische Person, welche durch die Vereinigung einer Mehrheit

[a] Dig. quod cuiuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur 3. 4. ad municipalem 50. 1 et sqq., de collegiis et corporibus 47. 22. cf. Cod. de iure reipublicae 11. 29. de privilegiis corporatorum 11. 14. [b] L. 1. §. 3. L. 2. D. h. t. cf. L. 1. Cod. de iudaeis. 1. 9.

natürlicher Perſonen zu einem idealen Rechtsſubject gebildet wird, z. B. Städte [c], Dörfer [d], d. i. Gemeinden im vorzüglichen Sinn [2], Zünfte und manchfaltige andre Vereine, Collegia [e]. Die Corporation aber iſt ein von ihren einzelnen Mitgliedern verſchiedenes und ungeachtet des Wechſels derſelben ſtets ein und daſſelbe Rechtsſubject [f]. Die Mitglieder ſind nicht pro parte Subjecte der Vermögensverhältniſſe der Geſammtheit [g]; vielmehr können ſie wie fremde Perſonen zu dieſer ſelbſt in beſondre Rechtsverhältniſſe treten, wie zu andern Privatperſonen [h]. Welche Verpflichtungen aber und welche Vortheile die Mitglieder der Corporation als ſolche haben, darüber gibt es keine allgemeine Regel; es iſt insbeſondere mit dem Weſen der Corporation auch vereinbar, ſowohl daß dieſelbe allein oder vorzugsweiſe den Privatvortheil der Mitglieder bezwecke (daher man wohl Privatcorporationen und öffentliche Corporationen unterſcheiden mag), als auch, daß den Mitgliedern beſtimmte Theilanſprüche an den Nutzungen oder dem Gewinn des Corporationsvermögens und im Falle der Auflöſung an dieſem ſelbſt zuſtehen [3]. Auch kann in Anſehung des Umfangs der Rechtsfähigkeit [4] unter Corporationen verſchiedener Art ein Unterſchied beſtehen.

Anm. [1] Der Ausdruck corporatio findet ſich in nov. Severi II. (corp. iur. anteiust. vol. II. p. 339. „publicae corporationis“); corpus aber als Bezeichnung der Geſammtheit kommt ſchon im claſſiſchen Sprachgebrauch und corporati für die Mitglieder in den ſpätern Rechtsquellen häufig vor. Vgl. not. a. L. 1. §. 7. D. de quaest. 48. 18. L. 1. pr. §. 1. D. h. t. 3. 4. „Collegia, quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus divalibus confirmatum est,“ ... „quibus permissum est corpus habere, collegii, societatis, sive cuiusque alterius eorum nomine.“

[2] Die Gemeinden werden als personae, publicae personae, bezeichnet, z. B. persona coloniae bei den röm. Feldmeſſern (Ausg. von Lachmann S. 16. 54.) Die Stadtgemeinden heißen gewöhnlich respublicae, civitates, und am häufigſten municipes, d. i. die Geſammtheit der Bürger = respublica, ſowohl in Colonien als in Municipien. Dörfer, vici, obwohl nach röm. Verfaſſung Beſtandtheile eines Stadtgebietes, kommen doch zugleich auch als eigene jur. Perſonen vor (not. c. d.) Sav. §. 86.

[3] Corporationen dieſer Art waren nach R. R. z. B. die societates publi-

[c] L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. L. 16. D. de V. S. L. 2. D. de poss. 41. 2. [d] L. 73. §. 1. D. de legat. I. (30). L. 2. §. 5. Cod. de iureiur. propt. cal. 2. 59. cf. L. 30. D. ad municip. 50. 1. [e] L. 1. pr. D. h. t. L. 10. §. 4. D. de in ius voc. 2. 4. L. 17. §. 3. L. 41. §. 3. D. de excus. 27. 1. [f] L. 7. §. 2. D. h. t. cf. L. 76. D. de iud. 5. 1. [g] L. 1. §. 1. L. 2. 7. pr. §. 1. D. h. t. L. 27. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. pr. L. 6. §. 1. D. de div. rer. 1. 8. L. 10. §. 4. D. de in ius voc. 2. 4. L. 1. §. 7. D. de quaest. 48. 18. [h] L. 9. D. h. t. L. 1. §. 15. D. ad Sc. Trebell. 36. 1

canorum oder vectigalium publicorum. L. 1. pr. D. h. t. 3. 4. L. 59. pr. D. pro soc. 17. 2. cf. L. 3. §. 4. D. de bon. poss. 37. 1. L. 31. §. 1. D. de furt. 47. 2. Es ist ungegründet, wenn man unter dem Namen „Genossenschaften" eine eigene Art juristischer Personen oder ein Mittelding zwischen Corporationen und einfachen Gesellschaften als eine dem R. R. unbekannte eigenthümlich deutschrechtliche oder moderne Bildung hinstellt. Vgl. dagegen Schmid im civ. Arch. XXXVI. 18. Ueber den Unterschied der Corporation von einer gewöhnlichen (nicht als Corporation anerkannten) Gesellschaft, societas, privata societas vgl. Pfeiffer S. 56...90., der jedoch zum Theil den Gegensatz durch falsche Consequenz übertreibt.

[4] Vgl. darüber Sav. §. 90...95. Pfeiffer, S. 98...112.

§. 43.

b) Vertretung der Gemeinheit.

Damit die Corporation, die keinen natürlichen Willen hat [a], juristischer Handlungen fähig werde, bedarf es einer Vertretung derselben durch natürliche Personen, so daß, was diese als Repräsentanten jener beschließen und thun, als Beschluß und Handlung der Corporation gilt [b]. Die Art und Weise dieser Vertretung wird zunächst durch die Verfassung der Corporation bestimmt, worüber das gemeine Civilrecht keine allgemeinen Normen enthält [1]. Das Recht, Beschlüsse zu fassen und Geschäftsführer zu wählen, soll aber jeder Corporation zustehen [c]; man muß daher, in Ermanglung einer besondern Verfassungsnorm, die sämmtlichen willensfähigen Mitglieder der Corporation als die natürlichen Repräsentanten derselben ansehen, und die Entscheidung der Mehrheit derselben [2] als Beschluß der Gesammtheit gelten lassen [d], dessen Wirksamkeit jedoch noch durch Oberaufsicht des Staats beschränkt werden kann [3].

Anm. [1] Corporationen mit ausgebildeter Verfassung nennt man unrömisch universitates ordinatae, andere inordinatae.

[2] Dagegen Pfeiffer S. 92. — Ist die Mehrheit Aller erforderlich; oder genügt nach gehöriger Berufung Aller die Mehrheit der erschienenen Mitglieder? L. 19. D. de tut. dat. 26. 5. Wening Ingenheim I. §. 102. — Muß wenigstens eine gewisse Anzahl der Mitglieder an der Abstimmung Theil genommen haben? L. 3. 4. D. h. t. L. 2. 3. D. de decretis. 50. 9. L. 45. (46.) Cod. de decurion. 10. 31. Vgl. Kierulff I. S. 139. Sav. §. 96. 97.

[3] Vgl. Sav. §. 98...100.

[a] L. 1. §. ult. D. de poss. 41. 2. [b] L. 97. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 1. §. 1. D. de libert. univ. 38. 3. L. 15. D. ad munic. 50. 1. [c] L. 1. §. 1. D. h. t. L. 4. D. de colleg. et corp. [d] L. 160. §. 1. D. de R. J. L. 19. D. ad. municip. L. 5. §. 1. Cod. de legation. 10. 63.

§. 44.

c) Entstehung von Gemeinheiten.

Eine Universitas entsteht durch die Vereinigung Mehrerer für einen gemeinschaftlichen Zweck zu einer Gesammtheit, unter Anerkennung ihrer juristischen Persönlichkeit von Seiten des Staats[a], welche aber auch schon durch einen Rechtssatz gegeben seyn kann, und andrerseits noch nicht in jeder bloß polizeilichen Genehmigung enthalten ist.

Anm. [1] Vgl. überhaupt Sav. II. S. 275 fgg. und Puchta im Rechtslex. III. S. 67. 68. Sint. §. 15. n. II.

[2] L. 85. D. de V. S. Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est. Diese Stelle sagt nur, daß eine Verbindung wenigstens drei Theilnehmer zählen müsse, um den Begriff des Collegium und somit die gesetzlichen Bestimmungen über Collegien darauf anzuwenden; ein Collegium ist aber als solches nicht sofort jur. Person, kann sogar verboten (illicitum collegium) seyn; sie schließt nicht aus, daß die Staatsgewalt auch in Ermanglung der Dreizahl der Theilnehmer zu irgend einem Zweck jur. Persönlichkeit verleihe. Vgl. Puchta S. 28. not. m. Pfeiffer S. 28.]

§. 45.

d) Aufhebung von Gemeinheiten.

Eine Universitas kann aufgehoben werden 1) dadurch, daß alle Mitglieder derselben durch Tod oder rechtmäßigen Austritt wegfallen[1]; 2) dadurch, daß ihr die Anerkennung der juristischen Persönlichkeit von Seiten des Staates entzogen wird, was bei beschränkter Ertheilung derselben auch unter Umständen von selbst eintreten kann; nicht auch 3) unmittelbar durch Beschluß der Corporationsgenossen[2]. Das Vermögen der aufgelösten Corporation muß man der Regel nach consequent gleich erbloſem Gut ansehen (§. 608). Aber die wohlerworbenen Rechte Einzelner in Ansehung desselben dürfen nicht beeinträchtigt werden[3]. Solche Rechte können insbesondere auch durch einen gültigen Theilungsbeschluß vor Auflösung der Corporation begründet und es kann selbst ohne diesen schon nach der besondern Natur einer Corporation, namentlich einer Privatcorporation, oder vermöge vorgängiger Festsetzung in den Statuten derselben als sich von selbst verstehend anzunehmen seyn, daß das Vermögen den gewesenen Mitgliedern nach gewissem Theilungsmaßstab anheimfalle[4].

[a] L. 1. D. h. t. L. 3. §. 1. D. de colleg.

Anm. [1] L. 7. §. 2. D. h. t. In universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis. Vgl. Sav. S. 280. Puchta §. 28. not. 5. Sint. §. 15. not. 29. Selbst nach dem Aussterben aller Mitglieder ist noch die Fortdauer derselben jur. Person möglich, sofern das Vermögen derselben bis zum Eintritt neuer Mitglieder als Stiftung erhalten wird. Sav. a. a. O. Seuffert III. S. 406.

[2] Puchta a. a. O. S. 73. Vgl. Sav. II. S. 279. 341. 348. Kierulff I. S. 144. Göschen I. §. 65. — Aufhebung durch richterliche Verfügung? Mühlenbruch §. 197.

[3] Vgl. darüber Puchta a. a. O. S. 73. fg. Sav. II. S. 342. Thibaut civ. Abh. XXVIII. Haubold (s. Gaudlitz) opusc. II. p. 546...620. cf. p. LXIII...LXXIX. Kori in Langenn und Kori's Erörtr. Leipzig 1830. n. 1. 2. Brackenhoeft im Rechtslex. IV. S. 537...541.

[4] z. B. bei einer corporativen Actiengesellschaft nach Maßgabe der Actien der einzelnen Theilnehmer. Man kann nicht (mit Seuffert §. 53. not. 12. u. a.) als allgemeine Regel aufstellen, daß „die Theilung, wo sie stattfindet, durch einen der Auflösung vorhergehenden Act geschehen müsse, weil nach der Auflösung nur einzelne Personen vorhanden sind, denen kein Recht auf das Vermögen der nicht mehr existirenden jur. Person zusteht."

§. 46.

2) Stiftungen [a].

Wenn Güter zu einem frommen oder gemeinnützigen Zwecke bestimmt werden, so kann daraus eine eigene juristische Person entstehen [1], die als Subject eben jenes Vermögens gilt, Stiftung, pia causa [2]. Es bedarf dazu gemeinrechtlich nicht in jedem Fall einer speciellen Ertheilung der Persönlichkeit [3]; für einen anerkannt zulässigen Zweck kann durch rechtsbeständige Privatbestimmung sofort eine solche juristische Person geschaffen werden [4].

Anm. [1] Anderer Meinung Roßhirt im civ. Arch. X. 13. Fritz Erläutr. I. S. 153. Bang. §. 60. Vgl. dagegen Sav. II. S. 262...272. Puchta Vorles. II. S. 61. und jetzt auch Bang. 6. Aufl. §. 60. Anm.

[2] Pia causa bezeichnet zunächst nur den frommen oder wohlthätigen Zweck einer Willensverfügung. L. 19. Cod. de ss. eccles. 1. 2. L. 28. 46. 49. Cod. h. t. L. 34. Cod. de donat. 8. 54. nov. 131. cap. 12. Man braucht darnach das Wort auch für die daraus hervorgehende juristische Person, die man noch bestimmter durch pium corpus bezeichnet. Ob übrigens eine bestimmte Anstalt eine jur. Person für sich bilde, oder nur ein Bestandtheil des Vermögens einer andern Corporation, z. B. einer Gemeinde, sei, ist eine thatsächliche Frage. Seuffert's Arch. VI. 135.

[a] Cod. de episcopis et clericis et orphanotrophis et xenodochis et brephotrophis et ptochotrophis etc. 1. 3.

[a] Anderer Meinung sind die meisten mit Savigny S. 276 fgg. Mühlenbruch rechtliche Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles, Halle 1828, und Fortsetzung von Glücks Comment. Bd. 40. S. 1. fgg.

[d] Arg. L. 24. 28. 49. Cod. h. t.; L. 46. ibid. (lex restituta). nov. 131. cap. 10. 11. 15. — Northoff die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Testament des weiland Blum. Göttingen 1833. Puchta §. 28. Vorles. I. S. 64. 65. und in krit. Jahrb. IV. S. 707 bis 712. Kierulff I. S. 150...152. Arndts im Rechtslexikon III. S. 915. 916.

§. 47.

3) Der Fiscus [a].

Fiscus heißt das gesammte Staatsvermögen als juristische Person gedacht, d. i. eigentlich der Staat selbst als Subject von Vermögensverhältnissen. Der Fiscus hat nicht nur die vollkommenste Vermögensrechtsfähigkeit, sondern genießt auch vieler Vorrechte vor andern Personen. Sonst aber sind regelmäßig die allgemeinen Vorschriften des Vermögensrechts auch auf den Fiscus anwendbar [b].

Anm. L. 10. D. h. t. Non puto delinquere eum qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit. Puchta §. 26. not. e. Vorles. S. 57. Dagegen Böcking Pand. I. §. 45.

Drittes Capitel.

Von den Rechtsgegenständen oder Sachen.

§. 48.

I. Juristischer Begriff der Sache [a].

Sache (res) ist im weitern Sinn alles, was bloß gegenständliche Bedeutung im Rechte hat [b], im engern Sinn ein körperlicher für sich bestehender Gegenstand [c], woraus sich von selbst ergibt, daß der Eintheilung der Sachen in körperliche und unkörperliche [d] die weitere Bedeutung zum Grunde liegt [1]. Der natürliche Begriff der Sache ist aber im Recht auf ähnliche Weise

[a] Dig. de iure fisci. 49. 14. Cod. 10. 1. cf. Theod. Cod. 10. 1. Paul. sentt. 5. 12. Fragm. de iure fisci. [b] L. 3. Cod. de fiscal. usur. 10. 8. L. 2. Cod. ne uxor pro mar. 5. 12.

[a] J. de rerum divisione 2. 1. Dig. 1. 8. cf. Gai. II. 2...39. [b] L. 5. pr. L. 23. D. de V. S. cf. L. 88. 178. pr. L. 222. ibid. [c] pr. §. 11. sqq. J. h. t. cf. tit. D. de rei vindicatione 6. 1. [d] J. de rebus corporalibus et incorporal. 2. 2. L. 1. §. 1. D. h. t.

erweitert, wie der natürliche Begriff der Perſon; wie eine Mehrheit natürlicher Perſonen ein Rechtsſubject bilden kann (universitas sc. personarum), ſo wird auch wohl ein Inbegriff mehrerer einzelner Sachen[2] (universitas rerum[3], Sachgeſammtheit) als ein Rechtsobject, als ein Collectiv-Ganzes, behandelt[4]. Und wie ſo eine Mehrheit körperlicher Sachen im Recht bisweilen als eine Sache erſcheint, ſo kann auch ein Inbegriff von körperlichen und unkörperlichen Sachen, ein Inbegriff von Vermögensverhältniſſen, als ein Ganzes (universitas) aufgefaßt werden[a] (ſog. universitas iuris[5]).

Anm. [1] L. 1. §. 1. cit. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis etc. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus et obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Vgl. Ulp. XIX. 11. ususfructus, hereditas, tutela legitima. L. 18. §. 2. D. de her. pet. 5. 3. res hereditarias, sive iura sive corpora sint. L. 13. §. 1. D. de damno infecto 39. 2. sive corporis dominus sive qui ius habet, utputa servitutem. Fragm. Vat. §. 92. sicut corpora vindicanti ita et ius. L. 4. §. 27. D. de usucap. 41. 3. nec possideri intelligitur ius incorporale. L. 3. Cod. de quadr. praescript. 7. 37. res sive mobiles sive immobiles seu se moventes vel iura incorporalia. In L. 46. D. de cond. indeb. 12. 6. kommen res incorporales als Gegenſatz einer Geldſumme vor (§. 51.).

[2] L. 30. pr. D. de usucap. 41. 3. Tria autem sunt genera corporum: unum quod continetur uno spiritu et graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia; alterum quod ex contingentibus, hoc est, pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex.

[3] L. 70. §. 3. D. de usufr. 7. 1. Quoties gregis vel armenti vel equitii, i. e. universitatis ususfructus legatus est (non singulorum capitum). cf. L. 23. pr. D. usucap. (universitas aedium). L. 2. §. 6. D. pro emt. 41. 4. (universitas fundi). L. 51. §. 1. D. locati. 19. 2. (universitas consummationis).

[4] §. 18. J. de legat. 2. 20. Est gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus. Cf. L. 21. 22. D. de legat. I. (30). L. 1. §. 3. L. 3 pr. D. de rei vind. 6.

[a] L. 64. D. de legat. III. L. 40. D. de peculio. 15. 1. L. 20. §. 10. D. de her. pet. 5. 3. L. 208. D. de V. S.

1. L. 13. pr. L. 34. pr. D. de pign. 20. 1. L. 30. §. 2. D. de usu cap. 41. 3. Vgl. Warnkönig im civ. Arch. XI. S. 179. Dagegen Puchta Inſt. II. S. 491...493. Wächter Hdb. II. S. 234 fgg. und Erörtr. I. S. 1...35.

[b] L. 20. §. 10. cit. „in hereditate . . . et in peculio castrensi vel alia universitate". L. 1. §. 4. D. de dote praeleg. 33. 4. „quod diximus, ipso iure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum". Glossa ad L. 1. §. 8. D. quando de peculio. 15. 2. „Peculium est universitas incorporea et iuris, in qua actiones continentur; sed illud verum est de corpore aliquo aut corporea universitate, ut equitio". — Die Regel: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei? Vgl. Haſſe über universitas iuris et rerum im civ. Arch. V. 1. Mühlenbruch über ſog. iuris et facti universitates im Arch. XVII. 12.

§. 49.

II. Rechtsfähigkeit der Sachen.

Nicht alle körperlichen Sachen ſind fähig, Gegenſtand von Rechten der Privatperſonen und daher Gegenſtand des privatrechtlichen Verkehrs zu ſeyn (res in commercio); manchen Sachen iſt dieſe Fähigkeit entzogen (res extra commercium), während andre nur zufällig ſich nicht im Eigenthum von Privatperſonen befinden (nullius in bonis sunt), aber wohl darin ſich befinden könnten [a]. Zu jenen gehören: 1) res divini iuris, sacrae und religiosae [b], 2) res naturali iure omnium communes (aer, aqua profluens, mare et per hoc litora maris [c]), wovon jedoch einzelne Theile wohl durch Ausſcheidung, ſo lange dieſe thatſächlich und erlaubter Weiſe beſteht, die Eigenſchaft einer res in commercio annehmen können [d]; 3) res publicae im engern Sinn, d. i. ſolche, welche, im Eigenthum des Staats oder auch einer Gemeinde befindlich, zu öffentlichem Gebrauche beſtimmt ſind (quae in publico usu habentur, non in pecunia vel patrimonio populi), als öffentliche Straßen, Plätze, Flüſſe, Häfen, Brücken u. dgl. [e] Außerdem iſt in Anſehung mancher Sachen, aus Rückſichten des öffentlichen Wohls der Verkehr beſchränkt oder

[a] §. 12...16. 18. 47. J. h. t. [b] §. 7...9. J. h. t. L. 1. pr. 6. §. 2...5. L. 9. pr. — §. 2. D. h. t. L. 21. Cod. de sacrosanct. eccles. 1. 2. tit. Dig. de religiosis 11. 7. Cod. 3. 44. (res sanctae, §. 10. J. l. c. L. 8. 9. §. 4. 5. L. 11. D. h. t.) [c] §. 1. 3. 5. J. h. t. L. 2...4. D. h. t. L. 96. pr. D. de V. S. [d] L. 5. §. 1. L. 6. pr. L. 40. D. h. t. L. 14. pr. §. 1. L. 30. §. 4. D. de acquir. dom. 41. 1. [e] §. 2. 4. J. h. t. L. 4. §. 1. L. 5. pr. D. h. t. cf. L. 15...27. D. de V. S. — Dig. de locis et itineribus publ. 43. 7. et sqq., de via publica 43. 10. sq., de fluminibus 43. 12 et sqq.

unterſagt [f]. Der Körper einer freien Perſon wird juriſtiſch nicht als Sache betrachtet [g].

III. Juriſtiſch bedeutende natürliche Verſchiedenheiten der Sachen.

§. 50.

A. Beweglichkeit und Unbeweglichkeit.

Unbewegliche Sachen, res immobiles, ſind Grundſtücke, fundi, praedia [a], d. i. begränzte Theile des Erdbodens (solum, res soli [b]), von denen aber zugleich die darin wurzelnden Pflanzen [c], ſowie die darin befeſteten Gebäude [d] integrirende Beſtandtheile bilden [1]. Alle andern Sachen ſind bewegliche, res mobiles, moventia [e]. Wird dieſe Unterſcheidung auf Vermögen überhaupt bezogen [2] (bewegliches und unbewegliches Vermögen), ſo muß man Sachenrechte, je nachdem ſie eine bewegliche oder unbewegliche Sache zum Gegenſtande haben, zu dem einen oder zum andern zählen [3]; Rechte, die mit einer unbeweglichen Sache verbunden ſind, gehören natürlich auch zum unbeweglichen Vermögen; Forderungen aber ſind regelmäßig vielmehr zum beweglichen Vermögen zu rechnen [4].

Anm. [1] L. 40. D. 19. 1. Arborum quae in fundo continentur non est separatum corpus a fundo. L. 7. §. 10. D. 41. 1. Omne, quod inaedificatur, solo cedit. L. 50. D. 9. 2. Superficies ad dominum sol. pertinet.

[2] Die R. Rechtsquellen beziehen dieſelben nur auf körperliche Sachen. L. 7. §. 4. D. de peculio. 15. 1. „res mobiles, soli, nomina debitorum“. L. 15. §. 2. D. de re iud. 42. 1. „res mobiles, soli, iura“. L. 2. 3. Cod. de quadr. praescript. 7. 37. „res sive mobiles, sive immobiles seu se moventes, vel in actionibus aut quocunque iure constitutas (vel iura incorporalia“).

[3] Vgl. L. un. §. 1. Cod. de usucap. transform. 7. 31. „res quae immobiles sunt vel esse intelliguntur“.

[4] Vgl. jedoch L. 15. D. de R. J. Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur. L. 143. D. de V. S. Habetur quod peti potest. — Clem. 1. de V. S. Cumque annui reditus inter immobilia censeantur a iure etc.

[f] L. 4. §. 1. D. fam. ercisc. 10. 2. Cod. quae res venire non possunt. 4. 40. quae res exportari non debeant. 4. 41. (§. 300. not. 5.) [g] L. 6. pr. D. de contr. emt. 18. 1. L. 83. §. 5. D. de V. O. 45. 1.

[a] L. 115. 241. cf. L. 241. D. de V. S. [b] L. 1. §. 3. 4. 6. L. 8. §. 15. D. de vi. 43. 16. L. 1. §. 1. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. [c] L. 40. D. de act. emt. vend. 19. 1. L. 44. D. de rei vind. 6. 1. [d] L. 7. §. 10. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 44. §. 1. D. de o. et a. 44. 7. L. 50. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [e] L. 93. D. de V. S.

§. 51.

B. Vertretbarkeit.

Sachen können bei Rechtsverhältnissen entweder als individuell bestimmte in Betracht kommen, species, certum corpus, oder als nur nach der Gattung bezeichnete Gegenstände, genus, incertum corpus [a]. Es gibt aber Sachen, bei denen ihrer Natur nach die Species gleichgültig sind, quae communi specie continentur [b], bei denen es nur auf Quantität und Qualität [c] ankommt, res quae pondere numero mensura valent oder consistunt [d]. Diese heißen vertretbare Sachen im vorzüglichen Sinn, res fungibiles [1], und werden juristisch von andern blos nach dem Genus bestimmten Sachen, Gattungssachen, wohl unterschieden [2], obgleich auch sie keineswegs überall als vertretbare behandelt werden [e]. Eine vorzüglich wichtige vertretbare Sache ist Geld, pecunia, nummi [3].

Anm. [1] L. 2. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero, mensura, consistunt; . . . quia (*Hal.* quae) in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis quam specie. Diese Stelle hat den Anlaß zur Bildung des Wortes res fungibiles gegeben. Zasius ad §. 30. J. 4. 6. Vgl. „choses fongibles" Code civ. art. 1291. Die Bezeichnung „vertretbare Sachen", nach Zachariä fast allgemein geworden, wird vermieden von Puchta §. 36., mißbilligt von Sav. VI. S. 123., welcher dafür den Ausdruck „Quantitäten" setzt.

[2] L. 1. §. 7. D. 35. 2. Et omne quod ex bonis defuncti erogatur, refertur ad hanc legem: sive in corpore constet certo incertove, sive pondere, numero, mensura valeat, aut etiam si ius legatum sit, ut ususfructus, aut quod in nominibus est. cf. L. 2. §. 1. cit. Gai. II. 196. Ulp. XXIV. 7. — Wächter Hdb. II. S. 227...234.

[3] Hoffmann, die Lehre vom Gelde. Berlin 1838. Sav., Obligationenrecht I. 3. 40. 41. Vgl. unten §. 205.

§. 52.

C. Verbrauchbarkeit.

Sachen, deren ordentliche ihrer Bestimmung entsprechende Benützung mit der Vernichtung ihrer Substanz oder Integrität

[a] L. 54. pr. L. 85. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 6. pr. D. de rei vind. 6. 1. L. 1. §. 7. D. ad. leg. Falcid. 35. 2. L. 2. pr. D. de reb. cred. 12. 1. [b] L. 29. D. de solut. 46. 3. cf. L. 26. Cod. de usur. 4. 32. [c] L. 34. §. 3. E. de legat. I. (30). L. 7. pr D. de except. rei iud. 42. 1. [d] L. 1. §. 7. cit. L. 30. pr. L. 34. §. 6. D. de legat. I. L. 42. D. de iure dot. 23. 3. [e] L. 30. §. 6. L. 34. §. 4. D. de legat. I. L. 37. D. de V. O. 45. 1.

verbunden ist, res quae usu consumuntur [a], heißen verbrauchbare (sog. res usu-consumtibiles). Dazu wird auch das Geld gerechnet, insofern das Ausgeben desselben dem Verzehren gleich zu achten ist [b].

§. 53.

D. Theilbarkeit.

Während nach dem Naturgesetz alle Körper ins Unendliche theilbar sind, gelten juristisch doch als untheilbar diejenigen Sachen, welche ohne Zerstörung ihres Wesens nicht in mehrere Ganze zerlegt werden können [1], und diesen werden verglichen solche Sachen, bei denen eine Zertheilung nicht ohne unverhältnißmäßige Minderung ihres Werthes möglich ist [2]. Eine andere Frage ist es, ob eine Sache nach räumlich unterschiedenen Theilen (partes pro diviso) dem Rechte verschiedener Personen unterworfen seyn könne? Dieß wird anerkannt bei Grundstücken [3], nicht bei beweglichen Sachen, die noch als natürliche Ganze bestehen [4]; doch kann wohl eine Sache, die, an sich ein selbständiges Ganzes, aber als Theil einer zusammengesetzten Sache verwendet, mit dieser zwar körperlich aber nicht wesentlich zusammenhängt, einem Andern gehören als dem Eigenthümer des zusammengesetzten Ganzen [a]. Dagegen kann eine jede eigenthumsfähige Sache, bewegliche oder unbewegliche, dergestalt unter Mehrere getheilt gedacht werden, daß allen die ganze Sache, aber jedem nur zum Theile, also keinem von ihnen irgend ein bestimmter reeller Theil ausschließlich gehört, res plurium communis pro partibus indivisis oder pro indiviso [b]. Diese sogenannte intellectuelle Theilung ist aber eigentlich nicht eine Theilung der Sache, sondern eine Theilung des Rechtes an derselben, d. i. des Rechtsinhalts [5], und in diesem Sinn sind gleich dem Eigenthum auch manche andere Rechte oder unkörperliche Sachen theilbar [c], manche aber untheilbar [6].

Anm. [1] „Res naturaliter indivisae", L. 26. §. 2. D. de legat. I.; „quae sine interitu dividi non possunt", L. 35. §. 3. D. de rei vind. 6. 1.; „quae divisionem non recipiunt, utputa partus ancillae", L. 31. §. 6.

[a] tit. D. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. 7. 5. §. 2. J. de usufr. 2. 4. [b] §. 2. J. l. c. L. 11. in f. ... L. 13. pr. D. de reb. cred. 12. 1.

[a] L. 23. §. 6. 7. D. de rei vind. 6. 1. [b] L. 25. §. 1. D. de V. S. L. 26. D. de poss. 41. 2. L. 8. D. de rei vind. 6. 1. [c] L. 25. D. quib. mod. usufr. am. 7. 4. L. 1. §. 9. D. ad leg. Falcid. 35. 2. L. 2. 72. 85. D. de V. O. 45. 1.

D. de aedil. ed. 21. 1. cf. §. 5. J. de off. iud. 4. 17. Nicht dahin gehören Quantitäten vertretbarer Sachen, L. 29. D. de solut. 46. 3., ſowie auch eine Mehrzahl von Gattungsſachen der Zahl nach theilbar iſt, ſofern nur kein Bruchtheil herauskommt: L. 54. pr. L. 117. D. de V. O. 45. 1.

[2] L. 26. §. 2. cit. „sin autem vel naturaliter indivisae sunt, vel sine damno divisio earum fieri non potest". cf. L. 34. §. 2. Cod. de donat. 8. 54. „res dividi sine suo periculo possibilis." In dieſem Sinn kann namentlich auch ein Gebäude nach Umſtänden untheilbar genannt werden. Sav. Obligationenrecht I. S. 307.

[3] L. 6. §. 1. D. commun. praed. 8. 4. Plane si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso, ... non est pars fundi, sed fundus. L. 26. D. de poss. 41. 2. „locus certus ex fundo." L. 25. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. „certa pars." In dieſer Art kann auch ein Gebäude oder das Grundſtück mit dem darauf ruhenden Gebäude getheilt ſeyn und getheilt werden. L. 6. §. 1. cit. Quod et in aedibus potest dici, si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas diviserit: ... nam et hic pro duabus domibus accipi debet. Es bedarf nicht einmal der Theilungsmauer; das Gebäude, das ein Dritter auf der Gränze zweier Grundſtücke errichtet, gehört von ſelbſt als regionibus divisum den beiden Grundeigenthümern; arg. L. 36. D. de s. p. u. 8. 2. Vgl. übrigens noch L. 3. §. 7. D. uti poss. 43 17.

[4] L. 8. D. 6. 1. Pomp. probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum; nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere. Quoties enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse, et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quae distinctio neque in re mobili neque in hereditatis petitione locum habet; nunquam enim pro diviso possideri potest. — L. 19. pr. D. commun. div. 10. 3. Arbor quae in confinio nata est, item lapis, qui per utrumque fundum extenditur, quamdiu cohaeret fundo, e regione cuiusque finium utriusque sunt nec in communi dividundo iudicium veniunt; sed quum aut lapis exemtus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet. Cf. L. 83. D. pro socio. 17. 2. L. 36. D. de s. p. u. 8. 2.

[5] L. 5. D. de stip. serv. 45. 3. Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore. L. 66. §. 2. D. de legat. II. Plures in uno fundo dominium iuris intellectu, non divisione corporis obtinent. — L. 64. §. 4. D. de eviction. 21. 2. Qui unum iugerum pro indiviso solum habuit, secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam iugeri. — L. 5. §. 15. D. commodati. 13. 6. Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.

Vgl. Kierulff I. S. 324...328. — Wächter im civ. Arch. XXVII. 4. Böcking Inst. §. 75.

[6] Untheilbar sind der Usus (§. 182.) und die Grunddienstbarkeiten (§. 183.) sodann häufig Obligationen (§. 204.); theilbar sind der Nießbrauch (§. 178.), die Emphyteuse und Superficies (§. 196. 200.), die Obligationen meistentheils (§. 204), das Pfandrecht (§. 383.), und das Recht der Erbfolge (§. 464.). Das letzte läugnet zwar Böcking Inst. §. 75. a. E., indem der Miterbe behaupte, nicht, daß ihm z. B. die halbe Erbschaft zukomme, sondern daß ihm die ganze Erbschaft halb zukomme. Aber eben so gut kann der Mitrigenthümer sagen, daß ihm die ganze Sache halb gehöre, und wie dieser klagen muß: „rem pro parte dimidia suam esse", so der Theilerbe selbst gegen den besitzenden Nichterben: „hereditatem pro parte dimidia suam esse", nicht „se heredem esse." Vgl. §. 532. und Arndts im Rtslex. V. S. 208. not. 6 S. 220. not. 79.

IV. Verhältniß zu andern Sachen.

§. 54.

1) Pertinenzen.

Pertinenzen [1], Zubehör, heißen solche Sachen, welche als zu einer andern gehörend, als Theile einer andern, behandelt werden, so daß eine rechtliche Verfügung über die Hauptsache stillschweigend auch auf jene sich erstreckt [2]. Die Pertinenzqualität beruht auf der Verbindung, in welche eine Sache mit einer andern durch ihre Bestimmung für diese gesetzt ist, indem sie eben als Nebensache den Zwecken dieser Hauptsache fortwährend zu dienen bestimmt [3] und dazu wirklich verwendet [4] ist. In diesem Verhältniß können sowohl unbewegliche Sachen zu einer andern unbeweglichen Sache stehen [a], als auch bewegliche Sachen zu einer andern beweglichen [b] oder unbeweglichen Sache [c]; unmittelbar körperliche oder mechanische Verbindung ist dazu weder überall erforderlich noch überall genügend [5].

Anm. [1] Vgl. L. 13. §. 31 ... L. 18. D. de action. empti. 19. 1. L. 40. §. 6. L. 47...49. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 241. 245. D. de V. S. Funke die Lehre von den Pertinenzen. Chemnitz 1827. Kierulff Civilrt. I. S. 330...338. Wächter Handb. II. S. 242...259.

[2] L. 13. §. 31. cit. Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur, utputa puteal.

[3] L. 17. §. 7. D. l. c. Ea quae perpetui usus causa in aedificiis

[a] L. 91. §. 3. 5. 6. D. de legat. III. L. 52. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. [b] L. 3. §. 11. L. 4. pr. D. de penu legata. 33. 9. [c] L. 17. pr. et sqq. D. de act. emti. 19. 1.

sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii; utputa fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium; verumtamen si perpetuo fuerint positae, aedium sunt.

[a] L. 18. §. 1. D. l. c. Tegulae, quae nondum aedificiis impositae sunt, quamvis tegendi gratia allatae sunt, in rutis et caesis habentur; aliud iuris est in his, quae detractae sunt, ut reponerentur; aedibus enim accedunt. cf. L. 17. §. 10. 11. ibid.

[b] Nicht alles, was erd-, wand-, band-, niet- oder nagelfeſt iſt, iſt Pertinenz eines Gebäudes. L. 17. pr. D. l. c. Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet. Aedium autem multa esse, quae aedibus affixa non sunt, ignorari non oportet, utputa seras, claves, claustra. Multa etiam defossa esse, neque tamen fundi aut villae haberi, utputa vasa vinaria, torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio cohaerent.

§. 55.

2) Früchte [a].

Früchte im natürlichen Sinn (fructus naturales) ſind die natürlichen Erzeugniſſe, welche von einer Sache gewonnen werden [1]. So lange dieſelben noch mit der Hauptſache verbunden ſind, fructus pendentes oder stantes, bilden ſie nur einen Theil derſelben [b], und können daher für ſich nur als künftige Sachen Gegenſtand von Rechtsverhältniſſen ſeyn [c]; erſt durch die Trennung von der Hauptſache fangen ſie als ſelbſtſtändige Sachen zu exiſtiren an, (fructus separati, oder wenn ſie von Jemand eingenommen ſind, percepti [d], apprehensi [e]); Früchte, die hätten gewonnen werden können und ſollen, nennt man fructus percipiendi, ziehbare Früchte, beſſer: verſäumte oder vernachläſſigte Früchte. Je nachdem die Entſtehung der Früchte durch Zuthun eines Menſchen herbeigeführt iſt oder nicht, kann man fructus mere naturales und industriales unterſcheiden [f]. Juriſtiſch wird aber als Frucht auch der Gewinn behandelt, welchen man anders als durch natürliche Erzeugniſſe aus einer Sache zieht [2], insbeſondere als Erſatzwerth für den von einem Andern ausgeübten Genuß der Sache [3], fructus civilis [4]. Dahin gehören namentlich auch Zinſen, usurae, als Entgelt für den Genuß von einer Quantität vertretbarer Sachen.

Anm. [1] Jedoch: L. 28. D. h. t. Partus vero ancillae non est in fructu; absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, quum omnes

[a] Dig. de usuris et fructibus 22. 1. [b] L. 44. D. de rei vind. 6. 1. L. 27. pr. D. de usufr. 7. 1. [c] L. 15. pr. D. de pignor. 20. 1. [d] L. 25. §. 1. D. h. t. L. 13. D. quib. mod. usufr. am. 7. 4. L. 78. D. de rei vind. 6. 1. [e] L. 12. §. 5. D. de usufr. 7. 1. [f] L. 45. D. h. t. L. 48. pr. D. de acquir. dom. 41. 1.

fructus rerum natura hominum gratia comparaverit. L. 27. pr. D. de her. pet. 5. 3. „quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant.“ L. 68. pr. D. de usufr. 7. 1. „neque enim in fructu hominis homo esse potest.“ Puchta §. 37 not. a.

[2] L. 26. D. h. t. Julianus venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet. — L. 49. ibid. Fructus rei est vel pignori dare licere.

[3] L. 36. D. h. t. Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur. L. 29. D. de her. pet. 5. 3. Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum: operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones; item vectura navium et iumentorum. L. 34. D. h. t. usurae vicem fructuum obtinent. cf. L. 121. D. de V. S.

[4] L. 62. D. de rei vind. 61. vectura sicut usura, non natura pervenit, sed iure percipitur. — Vgl. überhaupt Heimbach die Lehre von der Frucht. Leipzig 1843. Wächter Hdb. II. S. 259...269. Erörtr. I. 3. Sav. VI. S. 101 fgg.

Viertes Capitel.

Von Entstehung und Endigung der Rechte.

§. 56.

I. Von Entstehung der Rechte im Allgemeinen.

Entstehung eines Rechts ist Erwerbung desselben für eine bestimmte Person. Es wird dazu irgend ein Umstand oder Zusammentreffen verschiedener Umstände, womit das Recht (im objectiven Sinn) jene Wirkung verbindet, vorausgesetzt. Der Erwerb ist häufig so beschaffen, daß ein Recht, welches bisher schon Jemand hatte, nur von diesem auf einen andern, als materiell dasselbe Recht, übergeht. Geschieht dieses so, daß der Erwerb geradezu auf das bisherige Recht einer bestimmten Person sich gründet, also auch nur stattfindet, insofern dieser jenes Recht wirklich zustand, so ist der Erwerb ein abgeleiteter oder derivativer Erwerb; das Verhältniß des neuen Erwerbers zu dem bisherigen Inhaber des Rechts ist das der Rechtsnachfolge, Succession; der Erwerber ist Successor, Rechtsnachfolger des bisher Berechtigten; dieser ist Auctor, Rechtsurheber für den ersten. Die Succession aber kann sich entweder auf einzelne Sachen oder Vermögensobjecte als einzelne beziehen, d. i. successio in rem, in singulas res, in singularum

rerum dominium, Singularſucceſſion, oder zunächſt eine Geſammtheit von Vermögensverhältniſſen zum Gegenſtande haben [1], d. i. successio per universitatem, Univerſalſucceſſion [a], und die letzte kann entweder bloß Succeſſion in eine Geſammtheit von Rechten ſeyn, eine bloße adquisitio per universitatem [b], oder Succeſſion in eine Geſammtheit von Vermögensverhältniſſen, Verbindlichkeiten wie Rechte, successio in omne ius oder in universum ius, in universa bona, z. B. defuncti [c]. Obgleich übrigens die Regel gilt: neminem plus iuris in alium transferre posse, quam ipse habet [d], ſo kann doch wohl Jemand einem Andern ein Recht einräumen, welches er ſelbſt als ein Recht dieſer Art nicht hatte, z. B. der Eigenthümer ein ius in re aliena; daher denn manche eine translative und conſtitutive Uebertragung von Rechten unterſcheiden.

Anm. [1] Ueber die Kennzeichen der Univerſalſucceſſion vgl. vorzüglich Haſſe im Arch. V. 1. (§. 48. Anm. 5.) und Sav. III. S. 8...21., insbeſondere über den Sprachgebrauch der Quellen S. 17...21.

§. 57.

II. Von Endigung der Rechte im Allgemeinen.

Rechte können, ganz oder theilweiſe, theils durch Handlung des Berechtigten ſelbſt, theils durch manchfaltige andere Umſtände aufgehoben werden. Eine Handlung des Berechtigten, oder im Namen desſelben, welche die Aufhebung eines Rechtes zum Ziele hat, heißt überhaupt Veräußerung, alienatio, im weitern Sinn [a]. Dieſe kann verbunden ſeyn mit der Uebertragung des Rechts auf einen andern. Das Aufgeben eines Rechts ſchlechthin aber heißt insbeſondere Verzichtleiſtung, renuntiatio [b]. Auch ein Privilegium insbeſondere, im engern wie im weitern Sinn, kann durch Verzicht aufgehoben oder ſeine Anwendung im einzelnen Falle dadurch ausgeſchloſſen werden [c]. Außerdem können Privilegien erlöſchen durch Wegfallen der weſentlichen Vorausſetzungen ihrer Ertheilung, alſo

[a] L. 1. §. 13. D. quod legat. 43. 3. L. 3. §. 1. D. de except. rei vend. 21. 3. L. 7. in f. L. 8. D. de iureiur. 12. 2. [b] §. 6. J. per quas person. nob. acquir. 2. 9. §. 1. J. de acquisit. per arrogat. 3. 10. Gai. III. 82...84. [c] L. 24. D. de V. S. L. 208. ibid. L. 8. 37. D. de acquir. hered. 29. 2. L. 3. pr. D. de bon. poss. 37. 1. L. 24. §. 1. D. damni infecti. 39. 2. [d] L. 54. D. de R. J. 50. 17.

[a] L. 28. D. de V. S. 50. 16. [b] L. 11. Cod. de reb. cred. 4. 1. L. 4. §. 4. D. si quis caut. 2. 11. cap. 3. 5. X. de renuntiat. 1. 9. [c] L. 41. D. de minor. 4. 4. L. 29. Cod. de pact. 2. 3. L. 1...3. Cod. de his qui sponte mun. publ. 10. 43. — cf. cap. 12. X. de foro compet. 2. 2.

namentlich durch den Tod der Person oder Untergang der Sache, der sie verliehen, oder durch Endigung des Verhältnisses, womit sie verbunden sind [d]; ferner auch durch Widerruf von Seiten der Staatsgewalt, welcher jedoch, wo nicht das Privilegium auf Widerruf ertheilt ist [e], oder der Mißbrauch die Strafe der Entziehung begründet [f], nur aus Gründen, die überhaupt einen Eingriff in Privatrechte rechtfertigen, und nicht ohne Entschädigung stattfinden sollte [1], endlich durch den Tod des Verleihers, wenn sie ad suae voluntatis beneplacitum verliehen sind [2].

Anm. [1] Anderer Meinung ist Kierulff I. S. 58...61. „Es ist die Natur des Privilegs, von der Staatsgewalt abhängig zu seyn, weil es die Momente des Gesetzes und des Rechts in sich vereinigt." Vgl. auch Seufferts Arch. II. 123.

[2] Cap. 5. x. h. t. Si gratiose tibi a Romano pontifice concedatur, ut beneficia, quae tempore tuae promotionis obtinebas, posses ad suae voluntatis beneplacitum retinere, huiusmodi gratia per eius obitum, per quem ipsius beneplacitum omnino extinguitur, eo ipso expirat. Secus autem, si usque ad apostolicae sedis beneplacitum gratia concedatur praedicta. Tunc enim, quia sedes ipsa non moritur, durabit perpetuo, nisi a successore fuerit revocata. — In wiefern auch durch Mißgebrauch Privilegien verloren werden? L. 1. D. de nund. 50. 11. Cap. 6. 15. X. de privil. 5. 33. Seuffert §. 23. not. 9.

III. Von Handlungen in Beziehung auf Entstehung und Endigung von Rechten.

§. 58.

A. Begriff und Arten.

Handlung ist eine in der Sinnenwelt hervortretende Aeußerung des Willens [a]. Sie ist 1) entweder positive oder negative Handlung, Handlung im engern Sinn oder Unterlassung, Omissivhandlung; 2) entweder erlaubte oder unerlaubte (rechtswidrige) Handlung. Alle diese können juristische Wirkungen haben. Handlungen aber, deren Zweck und Absicht wesentlich eine juristische Wirkung ist, heißen insbesondere Rechtsgeschäfte.

[a] L. 1. §. 1. 2. L. 4. D. de iure immun. 50. 6. [e] cap. 5. de rescriptis in 6to 1. 3. [f] L. 3. Cod. de aquaeductu. 11. 42. can. 7. Dist. 74. cap 43. X. de rescriptis. 1. 3. cap. 11. 24. X. de privilegiis et excessibus privilegiatorum. 5. 33.

[a] L. 53. in f. L. 225. D. de V. S. L. 18. D. de poenis. 48. 19.

B. Erforderniſſe der Handlungen.

§. 59.

1) Handlungsfähigkeit.

Die Handlung ſetzt vor Allem Willensvermögen in dem Handelnden voraus [1]. Alſo ſind handlungsunfähig 1) juriſtiſche Perſonen [2], 2) Kinder, infantes [a], als welchen juriſtiſch noch gar kein Willensvermögen beigelegt wird (§. 36), 3) Wahn- und Blödſinnige [b], furiosi, dementes (§. 37), ausgenommen in lichten Zwiſchenräumen [c], und ſo auch diejenigen, die nur vorübergehend in einem Zuſtande von Geiſtesabweſenheit ſich befinden [d]. Nur eine Beſchränkung der Handlungsfähigkeit findet ſtatt: a) bei impuberes infantia maiores; dieſe können nämlich ſolche juriſtiſche Handlungen, wodurch ſie ihre Rechte nicht ſchmälern oder gefährden, ſondern lediglich gewinnen, ſelbſtändig vornehmen, andre aber nicht ohne Auctoritas des Tutors [e]; auch werden pubertati proximi imputabler unerlaubter Handlungen fähig gehalten [f]; b) bei erklärten Verſchwendern; dieſe können keine die ihnen entzogene Vermögensverwaltung betreffende Handlung wirkſam vornehmen [g]; c) bei mündigen Minderjährigen; dieſe können gewiſſe Handlungen nicht ohne Zuſtimmung eines Vormundes vornehmen, und erleiden allgemein eine Beſchränkung, inſofern ihnen die eigene ſelbſtändige Verwaltung ihres Vermögens entzogen iſt [3]; d) bei Frauen, als welchen die Fähigkeit zu gewiſſen Handlungen regelmäßig nicht zuſteht; e) bei denjenigen, welchen die Fähigkeit fehlt, ihren Willen der Form nach ſo zu äußern, wie es zu einer Handlung erforderlich iſt, z. B. Stumme, Taube, ſoweit das Hinderniß reicht [h].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Sav. Bd. III. §. 106...112.

[2] Für die juriſtiſche Perſon kann nur durch natürliche Perſonen als deren Repräſentanten gehandelt werden. L. 1. §. 22. D. de poss. 41. 2. municipes ... uni (universi) consentire non possunt. L. 1. §. 1. D. de libert. univ.

[a] L. 1. §. 12. 13. D. de O. et A. 44. 7. — §. 10. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 5. §. 2. D. ad. leg. Aquil. 9. 2. [b] L. 1. §. 12. cit. L. 5. §. 2. cit. L. 1. §. 3. D. de poss. 41. 2. L. 40. D. de R. J. [c] L. 2. Cod. de contrah. emt. 4. 38. L. 6. Cod. de cur. fur. 5. 70. L. 9. Cod. qui test. fac. poss. 6. 22. [d] L. 17. D. qui test. fac. 28. 1. L. 48. D. de R. J. cf. L. 3. D. de divort. 24. 2. — c. 7. §. 1. C. 15. qu. 1. [e] pr. J. de auct. tut. 1. 21. L. 9. D. de auct. tut. 26. 8. cf. L. 10. D. de ignor. 22. 6. [f] §. 18. J. de obl. ex delicto. 4. 1. L. 111. pr. D. de R. J. L. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [g] L. 9. §. 7. D. de reb. cred. 12. 1. L. 6. D. de V. O. 45. 1. L. 3. D. de novat. 46. 2. L. 5. §. 1. D. de acquir. hered. 29. 2. Vgl. §. 37 Anm. 3. [h] §. 7. J. de inutil. stip. 3. 19.

38. 3. Ulp. XXII. 5. neque cernere universi neque pro herede gerere possunt. L. 97. D. de cond. 35. 1. (vgl. Arndts Beiträge I. S. 181. 182.). Da nun zum Zwecke unerlaubter Handlungen keine Vertretung zugelaſſen ſeyn kann, ſo können auch ſolche niemals einer juriſtiſchen Perſon beigemeſſen werden; dieſe kann nicht durch Delicte unmittelbar verpflichtet werden. L. 15. §. 1. D. de dolo 4. 3. L. 4. D. de vi. 43. 16. Nov. Maioriani tit. 7. Nur ſcheinbar widerſprechend iſt L. 9. §. 1. D. quod met. 4. 2. (§. 24. Anm. 3.). Vgl. Sav. S. 310...323. Puchta §. 50. Rtslex. III. S. 70. Gleichwohl ſind in Betreff der Corporationen noch Manche anderer Meinung mit Sint. I. S. 123...128.

[3] L. 101. D. de V. O. 45. 1. Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. L. 43. D. de O. et A. 44. 7. Obligari potest patersfamilias, suae potestatis, pubes, compos mentis. cf. L. 141. §. 2. D. de V. O. — L. 3. Cod. de in int. rest. min. 2. 22. Si curatorem habens minor 25 annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem . . . non prohiberis. Vgl. Marezoll in d. Ztſchr. für Civilrt. u. Proc. II. 12. Sav. in der Ztſchr. für geſchichtl. Rtsw. X. 3., jetzt auch in deſſen vermiſchten Schriften, Berlin 1850. Bd. II. n. 18. Puchta §. 51.

2) Willensbeſtimmung.

§. 60.

a) Weſen derſelben.

Die im Allgemeinen handlungsfähige Perſon muß auch im einzelnen Falle dasjenige wirklich gewollt haben, was als ihre Willensmeinung erſcheint. Iſt dieß nicht der Fall, ſo beſteht eben nur der Schein einer Handlung, die nicht wirklich exiſtirt, es ſey nun dieſer Schein durch den Handelnden ſelbſt abſichtlich hervorgerufen [a], Simulation [b], oder ſonſt irgendwie entſtanden [1]. Es kann aber die Willensbeſtimmung insbeſondere auch an einem Mangel leiden, weil ſie auf einem Irrthum beruht oder durch Zwang hervorgerufen iſt.

Anm. [1] Vgl. Sav. Syſtem III. §. 134. 135.

b) Mängel der Willensbeſtimmung.

§. 61.

a) Zwang [1].

Iſt Jemand mit phyſiſcher Gewalt, ohne alle eigene Willensthätigkeit, zu Hervorbringung einer Wirkung mißbraucht worden

[a] L. 3. §. 2. L. 54. D. de O. et A. 44. 7. L. 55. D. de contrah. emt. 18. 1. [b] Cod. plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur. 4. 22. — L. 30. D. de ritu nupt. 23. 2. L. 3. Cod. de repud. 5. 17. — L. 36. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 7. §. 6. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. — L. 16. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16.

(vis absoluta), ſo kann von einer Handlung desſelben keine Rede ſeyn. Es kann aber auch ein Zwang auf den Willen ausgeübt werden (vis compulsiva); der Wille kann durch Furcht zu einer Handlung beſtimmt werden[2]. Unbillig wäre es, einer ſolchen erzwungenen Handlung vollkommen die rechtlichen Wirkungen beizulegen, die ſie ſonſt nach ſich zieht; das Recht gewährt eine Abhülfe demjenigen, der durch Zwang zu einer ihm rechtlich nachtheiligen Handlung getrieben wurde [a]. Damit aber Zwang oder Furcht ſolche Berückſichtigung finde, iſt erforderlich, daß eine gegründete [b] Furcht vor einem nicht unbedeutenden Uebel [c] durch widerrechtliche Gewalt oder Drohung [d] eines Andern abſichtlich erregt worden ſey [e].

Anm. [1] Sav. a. a. O. §. 114.

[2] L. 21. §. 5. D. quod met. causa. 4. 2. Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici: quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per praetorem restituendus sum. L. 21. 22. D. de ritu nupt. 23. 2. cf. L. 6. §. 7. D. de acquir. her. 29. 2. Celsus scripsit, eum, qui metu verborum vel aliquo timore coactus fallens adierit hereditatem, heredem non fieri. L. 9. pr. L. 17. pr. D. qui et a quib. manum. 40. 9.

§. 62.

β) Irrthum.

Irrthum oder Unwiſſenheit [1] ſchließen an ſich nicht, gleich der Bewußtloſigkeit, die Willensbeſtimmung aus [2], und regelmäßig iſt die Wirkſamkeit einer Handlung, obgleich ſie durch Irrthum veranlaßt iſt, dieſelbe wie ſonſt, vorausgeſetzt, daß nicht wegen obwaltenden Irrthums oder Mißverſtändniſſes bloß der Schein eines beſtimmten Willens oder einer Willenseinigung entſtanden ſey [a]. In vielen Fällen jedoch begründet der einer Handlung oder Unterlaſſung zum Grunde liegende Irrthum eine Aenderung in der regelmäßigen Wirkung derſelben, namentlich wenn der Irrthum entſchuldbar iſt. In dieſer Beziehung aber iſt wichtig die Unterſcheidung zwiſchen dem Rechtsirrthum (error s. ignorantia iuris) und dem Irrthum über Thatſachen, factiſchem Irrthum, error s. ignorantia

[a] Dig. quod metus causa gestum erit. 4. 2. de doli mali et metus except. 44. 4. Cod. de his, quae vi metusve causa gesta sunt. 2. 20. [b] L. 6. 7. pr. L. 9. pr. D. h. t. L. 184. D. de R. J. [c] L. 3. §. 1. L. 4. 5. 7. §. 1. L. 8. 22. 23. §. 1. D. h. t. L. 7. 10. Cod. h. t. cf. L. 3. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [d] L. 3. §. 1. L. 7. §. 1. D. h. t. cf. L. 6. Cod. h. t. [e] L. 9. §. 1. L. 14. §. 3. L. 21. pr. D. h. t.

[a] L. 57. D. de O. et A. 44. 7. L. 15. D. de iurisdict. 2. 1. L. 2. pr. D. de iud. 5. 1. L. 116. §. 2. D. de R. J. L. 9. pr. D. de hered. instit. 28. 5. (§. 60. not. 1. §. 238. 239.

facti [b]. Der Rechtsirrthum wird in der Regel nicht entſchuldigt, man möchte denn keine Gelegenheit zu beſſerer Belehrung gehabt haben [3]; der Irrthum über Thatſachen aber wird verziehen, wenn er nur nicht auf grober Nachläſſigkeit beruht [4]. Daher: regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere [5]. Manchen Perſonen aber wird auch der Rechtsirrthum nachgeſehen in Fällen, wo er andern zum Nachtheil gereicht, namentlich im weiteſten Umfange Minderjährigen [c], in geringerm Umfange Frauen [d], Soldaten [e], und überhaupt unerfahrenen Leuten [f]. — Eine eigene Bedeutung hat der Fall, wenn der Irrthum der handelnden Perſonen durch einen Andern in widerrechtlicher Abſicht erregt oder zu deren Nachtheil benutzt worden iſt, dolus malus, Betrug [6]; hier kann die Wirkſamkeit der Handlung wenigſtens dem Betrüger gegenüber angefochten, beziehungsweiſe von dieſem Erſatz des verurſachten Nachtheils begehrt werden [g].

Anm. [1] Sav. Bd. III. §. 115. S. 111...115. und Beil. VIII. S. 325...473. Herrmann in Linde's Zſchr. N. F. III. 1. 6. IV. 12. V. 3. VI. 9. VII. 4. 7. 11. VIII. 5.

[2] Nicht entgegenſtehen L. 20. D. de aqua pluv. 39. 3. „nulla enim voluntas errantis est", L. 8. Cod. de iur. et facti ignor. 1. 18. „cum errantis nulla voluntas sit", und ähnliche ſcheinbar allgemeine Ausſprüche. Sav. S. 342.

[3] L. 2. D. h. t. In omni parte error in iure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debet, quum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. L. 9. §. 3. ibid. Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si iurisconsulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est.

[4] L. 3. D. h. t. Plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto non sciret an de iure suo ignoret. §. 1. Sed Cassius ignorantiam Sabinum ita accipiendam existimasse refert, non deperditi et nimium securi hominis. L. 6. ibid. Nec supina negligentia ferenda est factum ignorantis, ut nec scrupulosa inquisitio exigenda. L. 9. §. 2.

[b] Dig. de iuris et facti ignorantia. 22. 6. Cod. 1. 18. [c] L. 9. pr. D. h. t. L. 11. Cod. h. t. [d] L. 8. 9. D. h. t. L. 3. 11. 13. Cod. h. t. cf. L. 3. Theod. Cod. de integri restit. 2. 16. L. 8. Cod. de in int. rest. min. 2. 22. L. 3. Cod. de praescript. 30. ann. 7. 39. — L. 6. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. L. ult. Cod. qui pet. tut. 5. 31. — L. 2. §. 7. D. de iure fisci. 49. 14. L. 8. §. 2. D. qui satisdare cog. 2. 8. [e] L. 9. §. 1. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. L. 22. §. 15. D. de iure delib. 6. 30. L. 5. Cod. de his qui sibi adscrib. 9. 23. [f] L. 2. §. 7. cit. L. 1. §. 5. D. de edendo. 2. 13. L. 8. Cod. qui adm. 6. 9. cf. L. 25. §. 1. D. de prob. 22. 3. [g] Dig. de dolo malo. 4. 3. de doli mali et metus except. 44. 4. Cod. de dolo malo. 2. 21.

ibid. Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiiciatur: quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam.

[5] L. 9. pr. D. h. t. cf. L. 7. ibid. Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. L. 8. ibid. Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest; iuris autem error nec feminis in compendiis prodest; ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet. Ueber diese allgemein lautenden Aussprüche vgl. Donelli comment. I. 20. 23. Mühlenbruch im Arch. II. S. 361 fgg. Bang. I. §. 83., und vorzügl. Sav. a. a. O. S. 344...353. Zu L. 7. cit. insbesondere Rudorff in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. S. 330. „Adquirere geht nicht auf jeden Erwerb, sondern nur auf Usucapion, bei welcher auch die Unterscheidung des faktischen und rechtlichen Irrthums allein von Wichtigkeit ist, und der Satz „suum petentibus error iuris non nocet" bedeutet blos, daß dem Diebe gegenüber die Verwechslung der Vindication auf suum esse mit einer Condiction auf dare oportere dem sein Eigenthum verfolgenden Kläger keinen Nachtheil bringen, sondern auch die letztere Klage gegen den Dieb tenent seyn soll." (?)

[6] L. 1. §. 2. D. h. t. Dolum malum Servius quidem ita definiit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur; Labeo autem, posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur, posse et sine dolo malo aliud simulari aliud agi, sicuti faciunt qui per eiusmodi dissimulationem servant (deserviant) et tuentur sua vel aliena. Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. — Sogenannter dolus causam dans, dolus incidens? — Sav. a. a. O. S. 115...120.

C. Von Rechtsgeschäften insbesondere.

§. 63.

1) Begriff und Haupteintheilung.

Rechtsgeschäfte sind Willenserklärungen, deren Zweck und Absicht wesentlich auf eine rechtliche Wirkung gerichtet ist. Das Rechtsgeschäft ist einseitig (negotium unilaterale), wenn Daseyn und Inhalt desselben wesentlich nur Ausfluß *eines* Willens ist; es ist zweiseitig (bilaterale) oder mehrseitig, wenn zu seiner Entstehung die Einigung verschiedener selbständig einander gegenüberstehender Willen erforderlich ist. Die gegenseitig erklärte Einigung des Willens verschiedener Personen aber, bezüglich auf Rechtsverhältnisse, welche dadurch begründet, geändert oder aufgehoben werden sollen, ist ein Vertrag, pactio, conventio [1]. Unter den einseitigen

Rechtsgeſchäften ſind beſonders wichtig die letztwilligen Verfügungen, d. h. einſeitige Willenserklärungen, welche, bis zum Tode willkürlich widerruflich, erſt nach dieſem rechtlich wirkſam werden ſollen [2].

Anm. [1] L. 1. §. 2. 3. D. de pactis. 2. 14. Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. — Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, i. e. in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis verbum generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem. Cf. L. 3. pr. D. de pollicitat. 50. 12. Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum. — Sav. Bd. III. S. 307...321. Einen beſchränktern Begriff von Vertrag ſtellt Bang. I. §. 350. III. §. 621. auf; das Weſen eines jeden Vertrages ſoll darnach in einem Verſprechen beſtehen und deſſen Wirkung darin, daß der Verſprechende erfülle, alſo etwas thue (im weitern Sinne des Wortes); er bezeichnet es (I. §. 121.) als einen freilich ſehr verbreiteten, aber ganz verwerflichen und unrömiſchen Sprachgebrauch, jedes Geſchäft, zu deſſen Weſen eine Willenseinigung gehört, Vertrag zu nennen. Aber abgeſehen davon, daß die römiſche Definition in L. 1. cit. vollkommen jenem weitern Begriff entſpricht, iſt ſchwer zu begreifen, wie es unrömiſch ſeyn könne, dieſen deutſch durch „Vertrag" zu bezeichnen, und ſchlimm iſt es, daß jener Gelehrte aus dem vermeintlich römiſchen Begriff falſche Folgerungen zieht. Vgl. §. 145. 188. 267. 371.

[2] Andre Eintheilungen der Rechtsgeſchäfte: a) negotia iuris civilis (actus legitimi) et iuris gentium. b) neg. stricti iuris et bonae fidei. c) neg. solennia, non solennia. d) negotia onerosa, lucrativa s. gratuita. e) neg. inter vivos, neg. mortis causa.

§. 64.

2) Erforderniſſe der Rechtsgeſchäfte.

Zum Daſeyn eines gültigen Rechtsgeſchäfts iſt erforderlich 1) Fähigkeit der Perſonen, welche es vornehmen, bisweilen auch die Zuſtimmung von Nebenperſonen; 2) ein rechtlich zuläſſiger Inhalt des Willens; 3) gehörige Erklärung des Willens der handelnden Perſonen [1]. Die Willenserklärung aber kann nicht nur durch Worte geſchehen, mündlich oder ſchriftlich [a], ſondern auch durch andere ſichere Zeichen, allein [b] oder in Verbindung mit Worten [c];

[a] L. 38. D. de O. et A. 44. 7. [b] L. 52. §. 10. D. l. c. L. 17. D. de novat. 46. 2. L. 31. pr. D. de legat. III. [c] L. 6. D. de reb. cred. 12. 1. L. 58. pr. D. de hered. instit. 28. 5.

auch durch Handlungen [d] oder Unterlassungen [e] kann ein bestimmter Wille genügend kund gegeben werden [2]. Gibt der Wille sich auf eine Weise zu erkennen, welche nicht geradezu den Zweck hat, eben diesen Willen zu erklären, so heißt dieß eine stillschweigende Willenserklärung [f], deren Gegensatz die ausdrückliche ist, nicht zu verwechseln mit dem vermutheten und dem fingirten Willen [g]. Nicht immer aber genügt selbst die vollkommen deutliche Willenserklärung; oft ist auch die Beobachtung einer bestimmten Form dabei erforderlich, deren Mangel, wo sie gesetzlich schlechthin vorgeschrieben ist, regelmäßig die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat [3].

Anm. [1] Sav. Bd. III. §. 130...133. S. 237...257.

[2] Qui tacet consentire videtur? cap. 43. de reg. iur. in 6to 5. 12. Vgl. cap. 44. ibid. oder L. 142. D. de R. J. Is qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare. L. 8. §. 15. D. quib. mod. pignus solv. 20. 6. Neuere sagen: Qui tacet, quum loqui potuit et debuit, consentire videtur. Sav. aber a. a. O. S. 248...252 will nur in den positiv anerkannten Fällen (not. e.) das Schweigen für Einwilligung gelten lassen.

[3] Solche Formen sind: Gebrauch bestimmter Redensarten oder Zeichen, schriftliche Urkunde, Zuziehung von Zeugen, Mitwirkung öffentlicher Personen; es kommt aber darauf an, ob sie nicht bloß des Beweises wegen vorgeschrieben sind. Sav. §. 130. Vgl. Arndts in Ulrichs Archiv für Preuß. Recht I. S. 132...173. Ueber verabredete Form eines Vertrages vgl. L. 17. Cod. de fide instrument. 4. 21. pr. J. de emt. vend. 3. 23. §. 232. not. 6.

§. 65.

3) Inhalt der Rechtsgeschäfte.

Im Inhalt eines Rechtsgeschäfts kann man unterscheiden die wesentlichen Bestandtheile (essentialia negotii), die nicht fehlen dürfen, wenn ein Rechtsgeschäft einer bestimmten Art bestehen soll, dann die regelmäßigen, ohne besondere Festsetzung sich von selbst

[d] L. 5. D. ratam rem hab. 46. 8. L. 95. D. de acquir. her. 29. 2. cf. L. 2. §. 1. D. de pactis. 2. 14. L. 14. Cod. de solut. 8. 43., L. 24. D. de probat. 22. 3. L. 57. pr. D. de pactis. 2. 14. L. 20. D. de acquir. her. 29. 2., L. 2. Cod. de pactis. 2. 14. L. 26. §. 1. D. de pign. 20. 1. [e] L. 7. §. 1. L. 12. D. de sponsal. 23. 1. L. 5. Cod. de nupt. 5. 4. — L. 5. D. de adopt. 1. 7. — L. 2. §. 2. D. soluto matr. 24. 3. — L. 1. §. 4. D. de agnosc. lib. 25. 3. — L. 12. 16. D. ad. Sc. Maced. 14. 6. — L. 6. §. 2. D. mand. 17. 1. L. 60. D. de R. J. — L. 13. §. 11. D. locati. 19. 2. — L. 12. D. de eviction. 21. 2. L. 4. §. 3. D. de fideiuss. tut. 27. 7. L. 37. pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 19. D. de aqua pluv. 39. 3. [f] S. not. d. e. cf. L. 69. pr. D. de legat. II. L. 11. §. 4. D. de legat. III. [g] L. 35. L. 40. §. 4. D. de procurat. 3. 3. L. 21. Cod. eod. 2. 13. L. 4. pr. L. 6. pr. D. in quib. causis pignus tacite contrahitur 20. 2.

verstehenden, obwohl nicht unveränderlichen Bestandtheile (naturalia negotii) und die zufälligen (accidentalia), welche nur vermöge besonderer Festsetzung stattfinden.

4) Insbesondere von Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften [a].

a) Bedingungen [1].

§. 66.

a) Begriff.

Bedingung, conditio, im eigentlichen Sinne heißt die Nebenbestimmung bei einem Rechtsgeschäft, welche den Eintritt einer Rechtswirkung von einer in die Zukunft gesetzten ungewissen Thatsache auf willkürliche Weise abhängig macht, beziehungsweise die zukünftige ungewisse Thatsache selbst, insofern von derselben ein rechtlicher Erfolg abhängig gemacht ist. Nur wo diese Merkmale zusammentreffen, ist ein bedingtes Rechtsgeschäft vorhanden (conditionale negotium), obwohl im weitern Sinn jede Thatsache, von welcher Rechte abhängig sind oder seyn sollen, Bedingung genannt wird, und so auch die Rechte bedingte heißen können [2]. Es ist also kein wahrhaft bedingtes Rechtsgeschäft vorhanden: 1) wenn die ausgesprochene Bedingung nach der Natur des Rechtsgeschäftes [b] oder seines Gegenstandes [c] sich von selbst versteht, conditio, quae tacite inest [d], stillschweigende Bedingung [3]; 2) wenn von einem in die Gegenwart oder Vergangenheit gesetzten Umstande eine Rechtswirkung abhängig gemacht wird, conditio in praesens vel in praeteritum collata [e]; hier ist die Wirksamkeit oder Nichtigkeit der Verfügung sofort entschieden, wenn auch den betheiligten Personen noch unbekannt [4]; 3) wenn von vornherein gewiß ist, daß die zur Bedingung gesetzte Thatsache eintreten werde, conditio, quae omnimodo exstitura est [f], nothwendige Bedingung,

[a] Dig. de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur. 35. 1. de conditionibus institutionum. 28. 7. Cod. de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub conditione factis. 6. 25. de his quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur. 6. 46. de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus. 6. 46. de donationibus, quae sub modo vel conditione vel certo tempore fiunt. 8. 55. [b] L. 99. 107. D. h. t. L. 22. §. 1. D. quando dies. 36. 2. L. 12. D. de cond. inst. L. 21. 68. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 19. §. 1. L. 69. D. h. t. L. 65. §. 1. D. de legat. I. [c] L. 1. §. 3. D. h. t. L. 25. §. 1. D. quando dies. 36. 2. [d] L. 68. 99. citt. [e] L. 100. 120. D. de V. O. 45. 1. §. 6. J. de V. O. 3. 15. L. 37...39. D. de reb. cred. 12. 1. L. 16. D. de iniusto test. 28. 3. [f] L. 9. §. 1. D. de novat. 46. 2. L. 18. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 79. pr. D. h. t. — L. 7. 8. D. de V. O. 45. 1. §. 11. J. de inutil. stip. 3. 19.

es ſey nun vermöge natürlicher oder rechtlicher Nothwendigkeit, phyſiſch oder juriſtiſch nothwendige Bedingung; hier iſt die Verfügung ſofort als unbedingte wirkſam[5]; 4) wenn von vornherein gewiß iſt, daß die fragliche Thatſache nicht eintreten könne, unmögliche Bedingung, worüber beſondere Beſtimmungen gelten (§. 72). Uebrigens verſteht ſich von ſelbſt, daß eine Bedingung in ihrer Beziehung zur Hauptbeſtimmung nicht ein widerſinniges Reſultat geben darf, conditio perplexa; eine ſolche Verfügung iſt nichtig[6].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Sav. III. §. 116...124. S. 121...204. Mühlenbruch in der Fortſetzung von Glücks Pand. Bd. 41. S. 45...276.

[2] In weiteſter Bedeutung bezeichnet das Wort conditio, wie das deutſche Bedingung, auch andere Modalitäten, ja überhaupt alle nähern Beſtimmungen eines Rechtsgeſchäfts, z. B. L. 1. sqq. D. de in diem add. 18. 2. L. 10. §. 1. D. de lege Rhod. 14. 2. vgl. §. 59. not. e. §. 74.

[3] L. 21. D. h. t. Multum interest conditio facti an iuris esset: nam huiusmodi conditiones: *si navis ex Asia venerit* . . . . impedient heredem circa adeundam hereditatem, quamdiu ignoraret eas impletas esse. Quae vero ex iure venient, in his nihil amplius exigendum, quam ut impletae sint, veluti si quis se filiumfamilias existimat, quum sit paterfamilias.

[4] L. 120. D. 45. 1. Nec placuit instar habere conditionis sermonem, qui non ad futurum sed ad praesens tempus refertur, etsi contrahentes rei veritatem ignorent. L. 100. cit. Conditio in praeteritum, non tantum in praesens tempus relata statim aut perimit obligationem aut omnino non differt. Anders iſt der Fall zu beurtheilen, wenn ein Ereigniß als zukünftiges gedacht zur Bedingung geſetzt wird, aber zur Zeit ſchon ohne Wiſſen des Verfügenden eingetreten oder vereitelt iſt. L. 6. §. 1. L. 10. §. 1. D. h. t.

[5] Zu den ſog. nothwendigen Bedingungen gehört auch die Bedingung, wornach etwas unmögliches nicht eintreten ſoll, welche früher von vielen verkehrter Weiſe als negativ unmögliche Bedingung bezeichnet wurde. L. 8 D. 45. 1. Cum eo, qui ita promisit, *si intra Kalendas digito coelum non tetigerit*, agi protinus potest. L. 7. eod. Impossibilis conditio cum in faciendum concipitur, stipulationi obstat: aliter atque si talis conditio inseratur stipulationi: *si in coelum non ascenderit;* nam utilis et praesens est (sc. stipulatio). Cf. L. 50. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. „impossibilis conditio in non faciendo expressa.“ Arndts Beitr. I. S. 162...68. Vgl. jedoch L. un. in f. Cod. de his quae poenae nom. relinq. 6. 41. und §. 36. in f. J. de legat. 2. 20. Arndts a. a. O. S. 172. not. 13. (§. 491. Anm. 3.).

[6] L. 16. D. de cond. inst. L. 98 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 39. D. de man. test. 40. 4.

§. 67.

β) Arten der Bedingung.

Die Bedingung kann 1) entweder eine affirmative oder eine negative seyn, je nachdem die bedingende Thatsache eine positive ist, d. i. das Eintreten eines Umstandes, oder eine negative, d. i. das Nichteintreten eines Umstandes [a]; 2) entweder eine willkürliche oder zufällige oder gemischte, potestativa, casualis, mixta, je nachdem die Erfüllung derselben ganz von dem Willen des bedingt Berechtigten abhängt [b], oder gar nicht [c], oder zugleich von jenem und einem außer seiner Willkür liegenden Umstande [1]; 3) entweder eine aufschiebende oder auflösende Bedingung, Suspensiv- oder Resolutivbedingung, je nachdem die anfängliche Existenz des Rechtsgeschäfts oder die Vernichtung desselben, nachdem es bereits wirksam geworden, von der zukünftigen Thatsache abhängig gemacht ist; in beiden Fällen ist die Bedingung in der That aufschiebend, nur das, was aufgeschoben wird, ist verschieden [2].

Anm. [1] L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. Sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel casuali vel potestativa vel mixta, quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae personae voluntate vel ex utroque pendeat, etc. — Unrichtig, nach Pothier, der Code Nap. art. 1169...1171. La condition casuelle est celle qui depend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur. — La condition potestative est celle qui fait dependre l'exécution de la convention d'un évènement, qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. — La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers. Doch nennen auch jetzt noch Manche die von der Willkür des bedingt Verpflichteten abhängige Bedingung, der römischen Begriffbestimmung zuwider, „Potestativbedingung", z. B. Windscheid „über die Wirkung der erfüllten Potestativbedingung" im civ. Arch. XXXV. 3. — Uebrigens vgl. noch L. 11. §. 1. D. h. t. Item sciendum est, promiscuas conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur, veluti: *si capitolium ascenderit* et similia; non promiscuas etiam vivo testatore existere posse, veluti: *si Titius consul factus fuerit.* — Allerdings kann aber ein bedingtes Rechtsgeschäft auch in der Art bestehen, daß die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des bedingt Verpflichteten abhängt. L. 121. §. 1. D. de V. O. 45. 1., §. 36. J. de legat. 2. 20. Jedoch: L. 8. D. de O. et A. 44. 7. Sub hac conditione: *si volam*, nulla fit obligatio; pro non

[a] L. 7. pr. L. 67. D. h. t. L. 7. D. de V. O. [b] L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 4. D. de hered. instit. 28. 5. L. 1. §. 8. D. si quis omissa causa. 29. 4. L. 78. §. 1. D. h. t. L. 28. D. de cond. instit. 28. 7. [c] L. 6. Cod. de necess. hered. instit. 6. 27. [d] L. 4. Cod. de instit. et substit. 6. 25.

dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non potes. Vgl. L. 43. §. 2. D. de legat. I. Unrichtig, ebenfalls nach Pothier, Code Nap. art. 1174. Toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

[2] L. 2. pr. D. de in diem add. 18. 2. Quoties fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emtio, quaeritur. Et mihi videtur verius, interesse, quid actum sit; nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emtio, quae sub conditione resolvitur; sin autem hoc actum sit, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis. L. 1. D. de lege commiss. 18. 3. Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur. L. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 2. § 3. D. pro emtore. 41. 4. Sabinus si sic emta sit, ut nisi pecunia intra diem certam soluta esset, inemta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia; sed videamus, utrum conditio sit hoc an conventio; si conventio est, magis resolvetur quam implebitur. L. 2. §. 2...5. ibid. L. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. Vgl. Thibaut civ. Abh. n. 17. Cropp Abh. I. S. 193...195.

§. 68.

γ) Zuläſſigkeit der Bedingungen.

Bei manchen Rechtsgeſchäften iſt die Hinzufügung einer Bedingung überhaupt [1] oder doch gewiſſer Arten von Bedingungen [2] unſtatthaft, und bewirkt Ungültigkeit des Rechtsgeſchäfts. Dieſe Wirkung hat insbeſondere auch die Hinzufügung einer Bedingung, welche der Natur des Rechtsgeſchäfts widerſtreitet [3]. Außerdem aber können manche an ſich mögliche Thatſachen nicht wirkſam zur Bedingung von Rechtsgeſchäften geſetzt werden, und werden dann gleich unmöglichen Bedingungen behandelt (§. 72).

Anm. [1] L. 77. D. de R. J. 50. 17. Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem. Nonnumquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt; nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio extiterit, quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.

[2] Dahin gehören captatoriſche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen, L. 70. 71. D. de her. inst. 28. 5., nichtpoteſtative Bedingungen bei Einſetzung eines suus heres. L. 15. D. de cond. inst. 28. 7. L. 4. Cod. de inst. et subst. 6. 25. Doch iſt im letzten Falle eigentlich nicht die Erbeinſetzung an ſich

nichtig; sie ist nur nicht genügend, um die Nichtigkeit des Testaments abzuwenden, welche freilich auch Nichtigkeit der Erbeinsetzung mit sich bringt. Vgl. §. 598.

[z] Dahin gehört die Bedingung, welche die Existenz einer Verpflichtung schlechthin in die Willkür des Verpflichteten selbst stellt. — vgl. §. 67. Anm. 1. a. E. L. 7. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 17. 46. §. 3. L. 108. D. de V. O. 45. 1. L. 11. §. 7. D. de legat. III. —; bei letztwilligen Verfügungen auch die Bedingung, welche die Wirksamkeit schlechthin in die Willkür eines Dritten stellt. L. 52. D. h. t. L. 65. D. de hered. instit. 28. 5. Cf. cap. 13. X. de testament. 3. 26. Vgl. §. 491. Anm. 4. Die Resolutivbedingung bei der Erbeinsetzung gilt pro non adiecta, weil eine Wiederaufhebung des einmal in Wirksamkeit getretenen Erbverhältnisses nicht stattfindet. L. 88. in f. D. de hered. instit. 28. 5. — Vgl. noch cap. 7. X. de conditionibus appos. in desponsat. 4. 5. Si conditiones contra substantiam coniugii inserantur, puta si dicat alteri: *contraho tecum, si generationem prolis evites*, vel, *donec inveniam aliam honore vel facultatibus digniorem*, aut, *si pro quaestu adulterandam te tradas*, matrimonialis contractus . . . caret effectu: licet aliae conditiones appositae in matrimonio, si turpes aut impossibiles fuerint, debeant propter eius favorem pro non adiectis haberi. — Ueber die Regel: Expressa nocent, non expressa non nocent, vgl. L. 195. D. de R. J. L. 68. D. de her. inst. 28. 5. L. 52. D. h. t.

§. 69.

δ) Erfüllung der Bedingung.

Die Bedingung ist erfüllt, existit conditio, wenn die zur Bedingung gesetzte Thatsache nach allen ihren Momenten, sowie sie von demjenigen, welcher die Bedingung setzte, gedacht worden [a], eingetreten ist [b]. So lange dieß nicht geschehen, aber noch möglich ist, heißt es: pendet conditio; wenn entschieden ist, daß sie nicht erfüllt werde, deficit conditio. Negative Bedingungen sind erfüllt, wenn die Thatsache, die nicht eintreten sollte, überhaupt oder in der vorausgesetzten Art unmöglich geworden ist [c]. Häufig aber wird eine Bedingung für erfüllt geachtet, obgleich sie es buchstäblich nicht ist, nämlich 1) wenn derjenige, welchem die Nichterfüllung zum Vortheil gereicht [d], die Erfüllung absichtlich [e] hindert [1]; 2) wenn derjenige, aus Rücksicht auf welchen die Bedingung gesetzt ist, die zu deren Erfüllung seinerseits erforderliche Einwilligung oder Mitwirkung versagt und dadurch jene verhindert [2]; vorausgesetzt, daß

[a] L. 6. pr. D. de cond. institut. 28. 7. — §. 11. J. de hered. instit. 2. 14. L. 78. §. 1. D. h. t. — L. 2. 10. 11. §. 1. L. 68. 91. D. h. t. L. 7. Cod. de instit. et subst. 6. 25. [b] L. 19. pr. L. 76. L. 101. pr. D. h. t. [c] §. 4. J. de V. O. 3. 15. L. 115. D. eod. 45. 1. L. 7. pr. L. 73. L. 103. 106. D. h. t. [d] L. 81. §. 1. L. 110. D. h. t. L. 85. §. 7. D. de V. O. 45. 1. L. 50. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 161. D. de R. J. [e] L. 38. D. de statulib. 40. 7.

nicht die Willensmeinung auf die Thatſache ſelbſt an ſich gerichtet iſt [f]; 3) bisweilen auch [g], wenn der bedingt Berechtigte durch andere zufällige Umſtände an der Erfüllung gehindert worden iſt [3].

Anm. [1] L. 161. D. de R. J. Jure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest conditionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset.

[2] Man könnte dieſen Satz etwa mit den Worten der L. 24. D. h. t. ausdrücken: Jure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest conditionem impleri, fit quominus impleatur, ut perinde habeatur ac si impleta fuisset. Allein die Vulgata hat hier, wie in L. 161. cit., die Lesart: non impleri, die gewiß die richtige iſt. Vgl. übrigens L. 23. D. de cond. instit. „plerumque haec conditio: *si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit,* ita accipi oportet, quod per eum non stet, quominus ducat, det aut faciat". Sav. III. S. 138. fg. Windſcheid v. d. Vorausſetzung S. 185.

[3] Beſchränkt ſich dieß nur auf den in not. g. berührten Fall, favore libertatis? Zu allgemein ſpricht jedenfalls cap. 66. de reg. iur. in 6to: Cum non stat per eum, ad quem pertinet, quominus conditio impleatur, haberi debet perinde ac si impleta fuisset. Vgl. L. 8. §. 7. 8. L. 24. D. de cond. instit. L. 31. D. h. t. L. 20. pr. D. de annuis leg. 33. 1. L. 3. §. 31. D. de Sc. Silan. 29. 5. L. 23. §. 2. D. ad. leg. Aquil. 9. 2. Si institutus fuero sub conditione, *si Stichum manumisero,* et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimatione etiam hereditatis pretium me consecuturum; propter occisionem enim defecit conditio. Quodsi vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, quia retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur. L. 54. §. 2. D. de legat. I. Sed et si servi mors impediisset manumissionem, quum tibi legatum esset, si eum manumisisses, nihilominus debetur tibi legatum, quia per te non stetit, quominus perveniat ad libertatem. Sav. a. a. O. S. 142...148. ſchlägt vor, ſtatt mors zu leſen mora. Dagegen Puchta §. 60. not. h. Vorleſ. S. 124. fgg. Vgl. not. b. — Ungegründet iſt die Annahme einer Rechtsvermuthung für die Erfüllung der Bedingung. L. 10. §. 1. De de reb. dub. 34. 5. Mühlenbruch §. 109. not. 5.

ε) Wirkung der Bedingung.

§. 70.

aa) Pendente und deficiente conditione.

So lange die Bedingung ſchwebt, iſt die Exiſtenz der davon abhängigen Rechtswirkung ungewiß; bei der Suspenſivbedingung iſt es ungewiß, ob das Rechtsgeſchäft wirkſam werde [1], bei der

[f] L. 11. 23. D. de condit. instit. 28. 7. L. 14. 31. 78. D. h. t. L. 34. §. 4. D. de legat. II. L. 5. §. 5. D. quando dies. 36. 2. L. 1. Cod. de his quae sub modo. 6. 45.
[g] L. 94. D. h. t. L. 3. §. 8. 10. 11. L. 4. §. 5. L. 19. 20. §. 3. 4. L. 28. pr. D. de statuliberis. 40. 7.

Resolutivbedingung, ob es wirksam bleibe [a]. Deficiente conditione aber ist es so gut, als ob die bedingte Verfügung gar nicht getroffen wäre; es ist nun gewiß, daß das Rechtsgeschäft nicht wirksam werde [b], beziehungsweise, daß dasselbe nicht aufgelöst werde [c].

Anm. [1] L. 213. D. de V. 8. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies ....; ubi sub conditione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc conditione. L. 13. §. 5. D. de pignor. 20. 1. „ante conditionem non recte agi, quum nihil interim debeatur"; sondern — §. 4. J. de V. O. 3. 15. — „ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri". Cf. L. 16. D. de cond. indeb. 12. 6. Aber: L. 42. D. de O. et A. 44. 7. Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc, cum extiterit conditio, quamvis eum, qui sub conditione stipulatus est, placet etiam pendente conditione creditorem esse. Cf. L. 27. pr. D. 40. 9. Vgl. Götting über das Wesen der Suspensivbedingung in Linde's Ztschr. N. F. I. 6. Brackenhoeft das. IX. 5. 6.

§. 71.

bb) Wirkung der Erfüllung.

Ist die Bedingung erfüllt, so wird 1) im Fall einer sogenannten Suspensivbedingung das bisher bedingte Rechtsgeschäft nunmehr als unbedingtes wirksam, wofern nur auch die sonstigen Voraussetzungen seiner Wirksamkeit im Zeitpunkt der Erfüllung der Bedingung vorhanden sind [2]; der dadurch entschiedene Rechtserwerb gilt dann als schon in dem Zeitpunkte rechtlich begründet, in welchem er eingetreten seyn würde, wenn das Rechtsgeschäft von Anfang an unbedingt gewesen wäre [3]; 2) im Fall einer sogenannten Resolutivbedingung wird nun das Rechtsgeschäft, dem sie beigefügt war, und der darauf sich gründende Rechtserwerb aufgelöst, als ob jenes nicht geschlossen worden wäre [4]. In beiden Fällen erleidet jedoch die Rückwirkung der erfüllten Bedingung eine Beschränkung, falls die Erfüllung in die Willkür desjenigen gestellt war, welcher zufolge derselben verpflichtet werden oder ein Recht verlieren soll [5].

Anm. [1] Vgl. Sav. a. a. O. S. 149...156.; Sell über bedingte Traditionen. Zürich 1839, und dazu die streng richtende Recension von Ihering in krit. Jahrb. XII. S. 865. fg.

[2] Vgl. a) L. 8. pr. D. de periculo rei vend. 18. 6. Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cuius periculum sit; nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet .... Quodsi

[a] L. 2. §. 1 ... L. 4. D. in diem. add. 18. 2. [b] L. 37. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 8. pr. D. de periculo rei vend. 18. 6. [c] L. 15. pr. D. de in diem add. 18. 2. L. 3. D. de contrah. emt. 18. 1.

sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio, sicuti nec stipulatio; quodsi extiterit, Proculus et Octavenus emtoris esse periculum aiunt; idem Pomponius probat. Quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi iam contracta emtione in praeteritum. Quodsi pendente emtione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, et quod pretii solutum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt, sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit. Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emtoris. Der Schluß der Stelle lautet nach Haloander: ... venditoris sunt, si pendente conditione res fuerit extincta; perimitur enim emtio sicut stipulationes et legata etc.; nach der Vulgata: ... venditoris sunt. Plane si pendente conditione res interierit, perimitur emtio, sicuti stipulationes etc. cf. L. 10. §. 5. D. de iure dot. 23. 3. L. 14. pr. D. de novat. 46. 2. Quoties quod pure debetur, novandi causa sub conditione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, quum conditio extiterit. Et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente conditione decesserit, nec novatio continget, quia non subest (Vulg. *superest*) res eo tempore, quo conditio impletur. L. 31. pr. eod. b) L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. Sin autem aliquid sub conditione relinquatur... quodsi in medio is, qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat... hoc quod ideo non praevaluit, manere... apud eos, a quibus relictum est. cf. L. 5. §. 2. D. quando dies leg. 36. 2. L. 14. §. 3. eod. L. 18. D. de R. J. c) L. 72. D. de fideiussor. 46. 1. Si fideiussori sub conditione obligato, *si navis ex Asia venerit*, quem sub hoc modo accepi, ut usque ad tempus vitae suae duntaxat obligaretur, pendente conditione acceptum latum fuerit, et is fideiussor adhuc pendente conditione mortuus fuerit, confestim a reo petere possum, quia existens conditio neque obligationem in personam iam mortui efficere neque acceptilationem confirmare possit.

[3] Vgl. a) L. 11. §. 1. D. qui pot. 20. 4. Quum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. b) L. 8. pr. cit. Anm. 2. a. c) L. 16. D. de solut. 46. 3. Sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur iam olim liberatus. Et hoc etiam, si solutio re fiat, accidere Aristo dicebat. d) L. 69. §. 1. D. de legat. I. Si servum sub conditione legatum heres alienaverit, deinde conditio extiterit, potest nihilominus a legatario vindicari, nec extinguitur legatum. L. 11. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6. Heres, quum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes, extinguentur, si legati conditio existat; videamus, an acquisitae sequantur legatarium? et magis dicendum est, ut sequantur. Cf. L. 12. §. 2. D. fam. erc. 10. 2. L. 105. D. h. t. 35. 1. L. 3. §. 3. Cod. commun. de legat. 6. 43. Sin autem sub conditione ... fuerit relictum legatum, ... sin ... ad venditionem vel hypothecam prosiluerit (heres), sciat, quod conditione impleta ab

initio causa in irritum devocetur. — Man hat hieraus die Regel abgeleitet: „Conditio existens ad initium negotii retrotrahitur“, oder (bei Verträgen): „retrotrahitur impleta conditio ad conventionis diem“. Sav. III. S. 151. Dieſe Regel iſt aber jetzt angefochten von Windſcheid „die Wirkung der erfüllten Bedingung“, Baſel 1851, 4°, mit Recht, wenn ſie ſo verſtanden würde, daß es nach Erfüllung der Bedingung in jeder Beziehung ſo anzuſehen ſei, als wenn das Rechtsgeſchäft von Anfang unbedingt geweſen wäre. — Ueber die Frage insbeſondere, wem bei bedingtem Erwerb die Früchte der Zwiſchenzeit zufallen? vgl. Windſcheid a. a. O. S. 12. mit Vang. I. §. 95. (S. 166).

[4] L. 4. §. 3. D. de in diem add. 18. 2. Pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dederit. cf. L. 41. D. de R. V. 6. 1. L. 8. D. de lege commiss. 18. 3. L. 4. Cod. de pactis int. emt. et vend. 4. 54. L. 9. pr. D. de aqua et aquae pluv. 39. 3. — Anderer Meinung iſt Rießer in der Zeitſchr. für Civilr. und Proc. II. 1. 8. arg. L. 4. §. 4. L. 16. D. in diem add. 18. 2. L. 4. pr. L. 5. De lege commiss. 18. 3. Dagegen Vang. §. 96. vgl. Windſcheid a. a. O. S. 23. fg. Ein anderes iſt es, wenn die Wiederherſtellung des früheren Zuſtandes zum Gegenſtande eines beſondern Nebenvertrages unter einer Suspenſivbedingung gemacht wird, z. B. ein pactum de retrovendendo. Daraus entſteht nur ein obligatoriſcher Anſpruch auf Erfüllung der Nebenverabredung; es wird nicht das frühere Hauptgeſchäft vernichtet. L. 2. Cod. de pact. int. emt. 4. 54. L. 12. D. de praescript. verb. 19. 5. Sav. III. S. 155.

[5] L. 9. §. 1. D. qui pot. 20. 4. Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quicquam deberi coeperit, si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit. — L. 3. D. quib. mod. pignus solv. 20. 6. Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus lib. V. Dig. ait finiri pignus, si melior conditio fuerit allata: quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet. Streitig wie weit dieſe Beſchränkung gehe? Vgl. Windſcheid im civ. Arch. XXXV. 3. und unten §. 384.

§. 72.

ζ) Insbeſondere von unmöglichen Bedingungen. [1]

Eine unmögliche Bedingung heißt eine ſolche, von welcher es ſchon zur Zeit ihrer Feſtſetzung gewiß iſt, daß deren Erfüllung nicht eintreten werde, weil ſie nicht eintreten kann [a]; es ſey nun aus natürlichen Gründen, phyſiſch unmögliche Bedingung [b], oder aus juriſtiſchen Gründen, juriſtiſch unmögliche Bedingung [c]; es ſey die

[a] Gai. III. 98. [b] §. 11. J. de inutil. stip. 3. 19. Pauli sentt. III. 4. b. §. 1. L. 137. §. 6. D. de V. O. 45. 1. [c] L. 35. §. 1. L. 137. §. 6. D. l. c. L. 72. §. 7. D. h. t.

Erfüllung unter allen Umständen undenkbar, absolut unmögliche, oder nur durch zufällige Umstände ausgeschlossen, relativ unmögliche Bedingung [d]; es sey die Rede vom Eintreten einer Thatsache, die nicht eintreten kann, positiv unmögliche, oder vom Nichteintreten einer Thatsache, die nothwendig eintreten muß, negativ unmögliche Bedingung [e]. Nach der Natur der Sache würde die Verfügung, welche von einer solchen Bedingung abhängig gemacht ist, immer nichtig seyn, und dieß ist auch bei Verträgen wirklich der Fall [f]. Bei letztwilligen Verfügungen aber ist umgekehrt angenommen, daß die Bedingung als nicht hinzugefügt zu betrachten sey [g], die Verfügung selbst also als unbedingte bestehe [2], dem Verfügenden mag die Unmöglichkeit bekannt gewesen seyn oder nicht [3]. Den im eigentlichen Sinn unmöglichen Bedingungen sind aber rücksichtlich ihrer Wirksamkeit auch solche Bedingungen gleichgeachtet, vermöge welcher, wenn sie wirksam wären, für Jemanden die Erlangung eines Vortheils oder die Vermeidung eines Verlustes davon abhängig seyn würde, daß er eine rechtswidrige oder unsittliche Handlung begehe, oder eine rechtlich oder sittlich gebotene Handlung unterlasse, wodurch also rechtswidrige oder unsittliche Handlungen oder Unterlassungen würden befördert werden [h], d. i. moralisch unmögliche oder unsittliche Bedingungen, turpes conditiones [4]. Aber auch von solchen Bedingungen gilt das Gleiche, welche zwar nicht auf an sich Rechtswidriges oder Unsittliches gerichtet sind, welche aber eben dadurch einen verwerflichen Charakter annehmen, daß sie als Bedingungen eines Rechtsgeschäfts gesetzt werden [i], und auch diese werden moralisch unmögliche oder unsittliche Bedingungen genannt, wirken jedoch nicht immer in gleicher Weise [5].

Anm. [1] Vgl. überhaupt W. Sell, die Lehre von den unmöglichen Bedingungen, in dessen Vers. Bd. II. (1834). Arndts Beitr. I. S. 161...183.

[d] L. 6. §. 1. L. 72. §. 7. D. h. t. L. 45. D. de hered. inst. 28. 5. L. 26. §. 1. D. de statulib. 40. 7. cf. L. 4. §. 1. D. ibid. L. 6. D. de cond. inst. 28. 7. [e] arg. L. 7. D. de V. O. [f] §. 11. J. cit. L. 7. 137. §. 6. cit. L. 1. §. 11. L. 31. D. de O et A. 44. 7. L. 29. D. de fideiuss. 46. 1. L. 9. §. 6. D. de reb. cred. 12. 1. [g] Gai. III. 98. Paul. l. c. §. 10. J. de hered. inst. 2. 14. L. 3. 6. §. 1. D. h. t. L. 1. 6. 20. pr. in f. D. de cond. inst. L. 16. in f. de iniusto test. 28. 3. L. 104. §. 1. D. de legat. I. L. 5. §. 4. D. quando dies. 36. 2. [h] Paul. l. c. §. 2. L. 9. 14. 27. pr. D. de cond. inst. L. 8. §. 1. D. de usu. 7. 8. L. 5. Cod. de inst. et subst. cf. L. 15. D. de cond. inst. — L. 26. 27. 123. D. de V. O. §. 36. J. de legat. 2. 20. — L. 121. §. 1. D. l. c. L. 1. Cod si mancipium ita venierit ne prostituatur. 4. 56. — L. 7. §. 3. D. de pactis. 2. 14. cf. L. 2. D. de cond. ob turp. caus. 12. 5. [i] Paul. l. c. L. 71. §. 1. 2. L. 72. §. 4. 5. L. 79. §. 4. D. h. t. L. 8. D. de cond. inst. 28. 7.

Die hier verſuchte Berichtigung der Begriffe iſt wieder angefochten von Mühlenbruch Bd. 41. S. 111...114. Dagegen aber vgl. Sav. III. S. 156...203, (gleichzeitig), und jetzt auch Bang. 6. Aufl. I. §. 93.

[3] Gai. III. 98. Item si quis sub ea conditione stipuletur, quae existere non potest, veluti: *si digito coelum tetigerit*, inutilis est stipulatio. Sed legatum sub impossibili conditione relictum nostri praeceptores (die Sabinianer) proinde valere putant, ac si ea conditio adiecta non esset; diversae scholae auctores (die Proculianer) non minus legatum inutile existimant quam stipulationem: et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest. L. 3. D. h. t. (Ulpian Lib. VI. ad Sabinum). Obtinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas. Ueber den muthmaßlichen Entſtehungsgrund dieſes Rechtſatzes vgl. Sav. III. S. 193...203. — Zu bemerken: a) Tritt die Unmöglichkeit der Erfüllung erſt ſpäter ein, ſo gilt die Bedingung nicht als unmögliche, ſondern als vereitelte (deficit conditio). L. 94. pr. D. h. t. L. 23. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. b) Iſt die Bedingung ſchon zur Zeit der letztwilligen Verfügung, wenn gleich ohne Wiſſen des Verfügenden, vereitelt, ſo iſt ſie der unmöglichen gleich. L. 6. §. 1. D. h. t. Sabinus quoque et Cassius quasi impossibiles eas conditiones in testamento positas pro non scriptis haberi: quae sententia admittenda est. Anders, wenn die Bedingung als conditio in praesens vel in praeteritum collata gedacht war. §. 66. Anm. 4. c) Eine nur theilweiſe unmögliche Bedingung gilt auch nur inſofern pro non scripta. L. 6. §. 1. cit. L. 45. D. de hered. inst. 28. 5. d) Eine Bedingung von einer, nicht bloß der einzelnen Perſon, unüberwindlichen Schwierigkeit iſt der unmöglichen gleich zu achten. L. 6. D. de cond. inst. cf. L. 4. §. 1. D. de statulib. 40. 7. L. 137. §. 4. D. de V. O. Sav. S. 165. „unerſchwingliche Bedingung". e) Eine Bedingung, die unter Vorausſetzung einer Aenderung der gegenwärtigen Umſtände noch erfüllt werden könnte, iſt nicht eine unmögliche, L. 58. D. h. t., wenn nicht die Vorausſetzung ſelbſt verwerflich erſcheint. L. 35. §. 1. L. 83. §. 5. L. 137. §. 6. D. de V. O. Nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest et id quod nunc impossibile est postea possibile fieri. L. 34. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. Liberum hominem ... emere non possumus, ... nec... *quum servus erit* ...: nec enim fas est eiusmodi casus exspectare. Sav. S. 166...169.

[3] Darüber Sell S. 77...88. Sav. S. 191. 92.

[4] L. 15. D. 28. 7. Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam, et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. L. 9. eod., veluti: *si ab hostibus patrem suum non redemerit, si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit;* L. 27. pr. ibid. *si reliquias eius in mare abiiciat;* L. 8. §. 1. D. 7. 8. *si a viro divortisset.* L. 123. D. 45. 1. Si flagitii faciendi causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet. L. un. in f. Cod. de his quae poen. nom. Quodsi aliquid facere vel legibus interdictum vel alias probrosum vel etiam impossibile iussus aliquis eorum fuerit, tunc sine ullo damno etiam neglecto testatoris praecepto servabitur. cf. L. 7. §. 3.

D. 2. 14. Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione. Arndts a. a. O. S. 173...179. Sav. §. 122.

[5] Arndts S. 179 ... 181. Sav. §. 123. Es gehören dahin namentlich folgende Fälle:

a) Bedingung letztwilliger Zuwendungen durch Eheloſigkeit der bedachten Perſon oder durch Heirath nach fremder Willkür, nach der Lex Julia, L. 22. 28. pr. L. 72. §. 4. 5. L. 79. §. 4. D. h. t., jedoch mit einer Ausnahme L. 2. 3. Cod. de indicta viduitate. 6. 40. nov. 22. cap. 43. 44.; nicht jede die Wahl beſchränkende Bedingung, L. 62. §. 2. L. 63. pr. §. 1. L. 64. 71. §. 1. L. 79. §. 4. D. h. t.

b) Verſprechen einer Strafe für den Fall der Nichteingehung einer beſtimmten Ehe, L. 71. §. 1. D. h. t. L. 134. D. de V. O.

c) Nach Umſtänden auch Verſprechen unter Bedingung einer beſtimmten Heirath, L. 97. §. 2. D. de V. O.

d) Eheſcheidung als Bedingung geſetzt? L. 2. Cod. de inutil. stip. 8. 39. L. 8. §. 1. D. de usu. L. 5. Cod. de inst. et subst. vgl. not. h.

e) Beſchränkung auf einen beſtimmten Wohnſitz oder Aufenthalt als Bedingung letztwilliger Zuwendung. L. 71. §. 2. D. h. t.

f) Beſchränkung der Freiheit letztwilliger Verfügung durch Verſprechen einer Conventionalſtrafe. L. 61. D. de V. O. Vgl. über captatoriſche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen §. 68. Anm. 2.

g) Eidliche Zuſicherung einer Leiſtung als Bedingung einer letztwilligen Zuwendung, conditio iurisiurandi. Hier wird der Eid erlaſſen, die Verfügung wird als unbedingte angeſehen, die Leiſtung aber muß erfüllt werden als Modus (§. 74.) L. 8. D. de cond. inst. Vgl. Savigny 185 ... 190 und (gleichzeitig) Huſchke in Linde's Ztſchr. XIV. 12. — Eine ſehr ſtreitige Frage, ob und wiefern die Bedingung der Religionsänderung oder Nichtänderung zuläſſig ſey? Sie iſt nicht ſchlechthin mit Nein zu beantworten. Arndts im Rtslex. III. S. 936. not. 172. vgl. Vang. §. 93. Dagegen Sell S. 142 fg. Mühlenbruch Bd. 41. S. 104...106. Sav. S. 184 fg. u. a.

[6] Ueber die Wirkung unmöglicher Bedingungen als Reſolutivbedingungen vgl. Sell S. 102 fg. 133 fg. mit Arndts Beitr. S. 167. u. Sav. S. 192 fg.

[7] Welche Wirkung hat die unmögliche Bedingung bei der Pollicitatio? Sell S. 108 fg. hält ſie wie bei letztwilligen Verfügungen pro non adiecta, arg. L. 13. §. 1. D. de pollicitat. 50. 12. L. 2. §. 44. D. ad Sc. Tertull. 38. 17.; aber conditio heißt hier ſoviel wie modus. (§. 74.) Vang. §. 93. Anm. 2.

§. 73.

b) Zeitbeſtimmung.

Eine Zeitbeſtimmung bei einem Rechtsgeſchäfte kann den Zweck haben, entweder den Anfang eines Verhältniſſes oder deſſen Dauer, alſo das Ende zu beſtimmen [a]; Anfangstermin, dies ex quo oder

[a] §. 2. 3. J. de V. O. 3. 15. L. 44. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. L. 34. D. de hered. instit. 28. 5.

a quo, oder Endtermin, dies ad quem. Der Zeitpunkt kann an ſich genau beſtimmt ſeyn, entweder unmittelbar nach dem Kalender oder auch durch Feſtſetzung eines Zeitraums von einem Zeitpunkte an, der, bevor die Wirkſamkeit der Verfügung eintreten kann, ohnehin bereits feſtſtehen muß, z. B. bei einer letztwilligen Verfügung: „ein Jahr nach meinem Tode“ [b]. Der Zeitpunkt kann aber auch mit Rückſicht auf einen künftigen Umſtand beſtimmt ſeyn, von welchem vorerſt ungewiß iſt, ob oder wann, oder ob und zugleich wann er eintreten werde [c]. Im erſten Fall nennt man im Allgemeinen die Zeitbeſtimmung dies certus oder certa, im andern Fall dies incertus oder incerta, und zwar dies incertus - an? - quando? - an et quando? Sowohl der ſogenannte dies incertus an als der dies incertus an et quando enthält eine wahre Bedingung; er macht die Entſtehung, beziehungsweiſe das Ende des Verhältniſſes ſelbſt ungewiß [d]. Jedoch kann bei einer Zeitbeſtimmung, die ihrem Ausdruck nach als dies incertus an erſcheint, die Meinung wohl auch nur die ſeyn, daß es ſchlechthin auf den an ſich gewiſſen Zeitpunkt ankommen ſolle, in welchem ein Umſtand eintreten wird, wenn er überhaupt eintritt [e]. Der ſogenannte dies incertus quando (certus an) hat an ſich nicht die Natur einer Bedingung [f], kann aber zur Bedingung werden, wenn er in Verbindung mit einem ungewiſſen Umſtande gedacht wird [g], und inſofern kann ſelbſt ein an ſich genau beſtimmter Zeitpunkt (dies certus im obigen Sinn) die Natur einer Bedingung annehmen. Wahre Zeitbeſtimmung iſt nun nur diejenige, welche keine Bedingung in ſich enthält, und in einem andern Sinn nennt man eine jede ſolche Zeitbeſtimmung dies certus, jede bedingende aber dies incertus [h]. Jene aber unterſcheidet ſich von der Bedingung dadurch, daß ſie nicht, wie dieſe, das Verhältniß ſelbſt, Entſtehung oder Ende deſſelben, ungewiß macht, ſondern als Anfangstermin nur die Geltendmachung, nicht das Daſeyn des Rechtsverhältniſſes hinausſchiebt [i], als Endtermin das fernere

[b] L. 41. 46. pr. 47. D. de V. O. L. 21. pr. D. quando dies. 36. 2. [c] L. 21. pr. 22. pr. D. l. c. L. 1. pr. §. 1. 2. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 16. §. 1. L. 17. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 12. §. 1. L. 77. §. 10. D. de legat. II. [d] L. 56. cf. L. 16...18. D. de cond. indeb. L. 21. pr. L. 22. pr. citt. [e] L. 5. Cod. quando dies. 6. 53. L. 46. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [f] L. 16. §. 1. L. 17. citt. L. 4. §. 1. D. quando dies. 36. 2. L. 79. pr. D. de cond. et dem. [g] L. 75. 79. §. 1. L. 1. §. 2. D. ibid. [h] L. 30. §. 4. D. de legat. I. Gai. I. 186. II. 250. III. 124. Ulp. XXIV. 31. cf. L. 75. D. cit. [i] §. 2. 4. J. l. c. L. 46. pr. D. de V. O. L. 21. pr. D. quando dies. L. 213. D. de V. S. cf. L. 41. §. 1. D. de V. O.

Beſtehen oder Geltendmachen deſſelben abſchneidet [k]. Uebrigens kann nicht allen Rechtsgeſchäften eine Zeitbeſtimmung der einen oder andern Art wirkſam hinzugefügt werden [l].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Sav. III. S. 204...226. Sint. §. 21. S. 180...184. Betreffend die Terminologie vgl. a) L. 44. §. 1. D. de O. et A. Vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem: ex die, veluti *Kalendis Martiis dare spondes?* ad diem autem: *usque ad Kalendas dare spondes?* §. 2. J. cit. In diem ... stipulatio fit veluti: *decem aureos primis Kalendis Martiis dare spondes?* Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti priusquam dies veniat non potest. L. 34. D. de her. inst. Hereditas ex die vel ad diem non recte datur. b) Ueber dies certus und incertus: Gai. I. 186. „sub conditione aut ex die certo"; II. 250. „vel sub conditione vel pure vel ex die certo"; Gai. III. 124. Certum est debitum iri, i. e. quae (sc. pecunia) sine ulla conditione deducitur in obligationem; itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri. — L. 1. §. 2. D. de cond. et dem. Dies autem incertus est, quum ita scribitur: *heres meus cum morietur decem dato;* nam diem incertum mors habet eius, et ideo, si legatarius ante decesserit, ... non cessit dies vivo eo, quamvis certum fuerit moriturum heredem. L. 75. D. ibid. Dies incertus conditionem in testamento facit. L. 16. D. 12. 6. Sub conditione debitum per errorem solutum pendente quidem conditione repetitur, conditione autem existente repeti non potest. §. 1. Quod autem (*Hal.* etiam) sub incerta die debetur, die existente (*Cuiac.* die non existente) non repetitur. L. 17. eod. Nam si, quum moriar, dare promisero et antea solvam, repetere me non posse Celsus ait. Sav. §. 126. not. c. e. h.

[2] L. 213. D. de V. S. Cedere diem significat incipere deberi pecuniam; venire diem significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc conditione.

§. 74.

c) Modus [a].

Eine rechtliche Verfügung, insbeſondere die Zuwendung eines Vermögensvortheils, kann ausdrücklich oder ſtillſchweigend an die Vorausſetzung einer vergangenen, gegenwärtigen oder künftigen

[k] §. 3. J. l. c. L. 56. §. 4. D. de V. O. l. 2. Cod. de donat. sub modo. 8. 55.
[l] L. 77, D. de R. J. (§. 68.) L. 5. D. de acceptilat. 46. 2. L. 34. D. de hered. inst. 28. 5. §. 9. J. de hered. inst. 2. 14.
[a] Cod. de his quae sub modo legata seu fideicommissa relinquuntur. 6. 45. Cod. de donationibus, quae sub modo vel conditione vel ex certo tempore conficiuntur. 6. 55. Dig. de conditionibus ... et modis eorum, quae in testamento scribuntur 35. 1.

Thatsache (causa, conditio, modus i. w. S.) geknüpft seyn, in deren Ermangelung der bleibende Erfolg jener Verfügung, obwohl deren Daseyn nicht dadurch bedingt war, dem wahren Willen des Verfügenden zuwider wäre, und daher nach Umständen durch Einrede oder Klage rückgängig gemacht werden kann[1]. Eine besondere Art der Nebenbestimmung liegt darin im Allgemeinen nicht[2]. Bei Schenkungen und letztwilligen Verfügungen aber kommt ein Modus in engerm technischen Sinn als eigenthümliche Art von Nebenbestimmung vor, welche dem Empfänger eines Vortheils auferlegt, das Empfangene (oder dessen Geldwerth) ganz oder zum Theil zu einem bestimmten Zwecke zu verwenden [b] oder sonst etwas dafür zu leisten [c], welche somit die Gabe in dem Maße ihres Vermögensbetrages durch die darauf gelegte Last beschränkt[3]. Durch den Modus wird der Erwerb der Gabe nicht bedingt [d], aber durch die Annahme des sub modo Gegebenen der Empfänger zur Erfüllung der Auflage verpflichtet [e], sofern ihm diese nicht etwas Unmögliches, Rechtswidriges oder Unsittliches zumuthet [f]. Er kann zur Erfüllung oder auch zur Cautionsleistung wegen künftiger Erfüllung [g] angehalten werden, nach Verschiedenheit der Umstände, durch den Geber selbst oder dessen Erben [h], oder durch einen Dritten, dessen Vortheil die Auflage bezweckt [i], oder auch von Amts wegen durch die Obrigkeit [k]. Der Modus ist einerseits von der Bedingung zu unterscheiden [l], als welche das Daseyn des Rechtsgeschäfts von Anfang ungewiß macht[4], andererseits von einer bloßen Empfehlung, als welcher eine rechtliche Wirkung überhaupt gar nicht zukommt [m].

Außer den bisher besonders hervorgehobenen Nebenbestimmungen (§. 66 — 74) können übrigens in dem Inhalt eines Rechtsgeschäfts noch manchfaltige andere Nebenbestimmungen, Beschränkungen, Vorbehalte u. dgl. vorkommen, die im Allgemeinen unter dem Ausdruck „Clauseln" begriffen sind[5].

[b] L. 17. §. 4. D. h. t. [c] L. 92. D. h. t. L. 17. §. 2. D. de test. man. 40. 4. [d] L. 80. D. h. t. L. 17. §. 2. D. de test. man. 40. 4. [e] L. 9. Cod. de donat. 8. 54. [f] L. 37. D. h. t. L. 8. §. 6. 7. D. de cond. inst. 28. 7. L. 7. in f. D. de annuis leg. 33. 1. L. 16. D. de usu. 33. 2. L. 113. §. 5. D. de legat. I. L. 1. Cod. h. t. 6. 45. L. 8. Cod. de cond. ob turp. caus. 4. 6. cf. L. 4. D. de adm. rer. civ. 50. 8. [g] L. 40. §. 5. L. 71. pr. §. 1. 2. L. 80. D. h. t. L. 19. D. de legat. III. cf. L. 1. Cod. h. t. 6. 45. [h] L. 7. D. cit. L. 1. 2. Cod. h. t. 8. 55. L. 9. Cod. de donat. 8. 45. [i] L. 3. Cod. l. c. L. 1. 2. Cod. h. t. 6. 45. [k] L. 50. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. cf. L. 7. D. cit. L. 92. D. h. t. [l] L. 2. Cod. h. t. 6. 45. cf. L. 41. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. [m] L. 71. pr. D. h. t. L. 13. §. 2. D. de don. int. V. et U. 24. 1. cf. L. 2. §. 7. L. 8. D. de donat. 39. 5.

Anm. [1] Windscheid, die Lehre des R. R. von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850. Vergl. unten §. 340.

[2] Böcking Inst. §. 110. not. *a*. „Windscheid will an die Stelle des modus die Voraussetzung setzen. Seine eigene Darstellung aber zeigt, wie verschieden in Begriff und Wirkungen die manchfaltigen Willensbestimmungen seyen, die wir als Voraussetzung bezeichnen und wofür weder unsre Rechtsquellen noch die lateinische Sprache überhaupt einen entsprechenden Ausdruck hat."

[3] Nicht genau entsprechend sind die Ausdrücke: „Zweckbestimmung", oder „Verwendungsbestimmung." Modus kommt aber auch in weiterer Bedeutung vor, z. B. in L. 44. §. 3. D. de O. et A. 44. 7. L. 72. D. de fideiuss. 46. 1. L. 92. D. de her. inst. 28. 5.; dagegen auch conditio gleichbedeutend mit modus, insbesondere in der Formel: ***sub conditione ut faciat*** etc. = ***ea lege ut*** etc.; verschieden von ***sub ea conditione, si***: L. 8. §. 7. D. de cond. inst. 28. 7. L. 71. §. 1. L. 80. D. h. t. L. 44. D. de man. test. 40. 4. L. 2. §. 7. D. de donat. 39. 5. L. 1. 2. 5. Cod. h. t. 8. 55. Vergl. überhaupt Sav. III. §. 128. 129. Eine engere Beschränkung gibt übrigens dem Begriff des Modus Böcking Inst. §. 115., indem er denselben mit Hugo R. Rtsgsch. S. 539. nur bei Schenkungen und Vermächtnissen als eigenthümliche Art der Nebenbestimmung anerkennt, und zwar mit Rücksicht darauf, daß diesen gesetzlich ein gewisses Maß vorgezeichnet ist, dessen Ueberschreitung durch die denselben auferlegte Last ausgeschlossen seyn könne.

[4] „Die Bedingung suspendirt, zwingt aber nicht; der Modus zwingt, suspendirt aber nicht." Sav. III. S. 231.

[5] Von den Nebenbestimmungen im eigentlichen Sinn (conditio, dies, modus) werden diese streng unterschieden bei Böcking Inst. §. 110.

§. 75.

5) Auslegung der Rechtsgeschäfte.

Die Willenserklärung kann noch Zweifeln Raum lassen über den Inhalt des Rechtsgeschäfts. Hier kommt es darauf an, die wahre Willensmeinung der handelnden Personen herauszufinden [a], wie bei Auslegung von Gesetzen die Absicht des Gesetzgebers. Auch hier ist eine authentische Auslegung möglich [b], die jedoch bei zweiseitigen Rechtsgeschäften natürlich nicht schlechthin von einem allein ausgehen [c], und nicht willkürlich etwas in der That gar nicht Erklärtes als Inhalt eines Rechtsgeschäfts ausgeben kann [d]. Außerdem sind auch hier, wie bei der Gesetzauslegung, die Worte, welche den Willen ausdrücken sollen, zunächst grammatisch zu erklären [e], mit Berücksichtigung

[a] L. 219. D. de R. J. L. 7. §. 2. D. de supell. leg. 33. 10. L. 3. Cod. de lib. praet. 6. 28. [b] L. 21. §. 1. D. qui test. fac. 28. 1. L. 96. D. de R. J. [c] L. 12. D. de transact. 2. 15. L. 83. §. 1. D. de V. O. 45. 1. [d] L. 21. §. 1. cit. L. 9. D. de hered. inst. 28. 5. L. 3. D. de reb. dub. 34. 5. [e] L. 25. §. 1. L. 69. pr. D. de legat. III.

sowohl des besondern als des gemeinen Sprachgebrauches [f]. Bleibt darnach etwas zweifelhaft, so ist der Sinn anzunehmen, nach welchem das Rechtsgeschäft bestehen kann [g], oder welcher seiner Natur am besten entspricht [h]. Sodann ist im Zweifel die mildere Erklärung vorzuziehen [i], daher insbesondere bei einseitigen Verpflichtungen diejenige, wonach der sich Verpflichtende am wenigsten beschwert wird [k]. Bei gegenseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften ist im Zweifel zum Nachtheil dessen zu entscheiden, der als Hauptperson dabei thätig war, welchem die genauere und deutlichere Fassung obgelegen hätte [l]. Uebrigens gibt es manche begünstigte Verhältnisse (causae favorabiles), zu deren Gunsten im Zweifel interpretirt werden soll, wie die Freiheit [m], die Dos, soviel die Ansprüche der Frau betrifft [n], und letztwillige Zuwendungen [o].

Gegen mögliche nachtheilige Auslegung von Rechtsgeschäften, sowie überhaupt gegen mögliche Folgen von Handlungen kann man sich zu schützen suchen durch Protestation und Reservation, Verwahrungen und Vorbehalte, wodurch aber keine von dem Willen des Handelnden unabhängige Folge abgewendet, noch auch das erworbene Recht eines Andern geschmälert werden kann [p].

6) Wirkung der Rechtsgeschäfte, insbesondere in Beziehung auf dritte Personen.

§. 76.

Die Wirkung eines Rechtsgeschäfts bestimmt sich durch dessen allgemeine Natur und besondern Inhalt. Insofern durch dasselbe Rechte oder Verpflichtungen begründet werden sollen, bezieht sich seine Wirkung zunächst nur auf die handelnden Personen selbst. Diese kann sich aber auch auf einen Andern erstrecken, theils vermöge der Absicht jener, für diesen die juristische Handlung vorzunehmen und die dadurch erzielte rechtliche Wirkung hervorzubringen, d. i. zufolge einer Stellvertretung [1], theils auch ohne solche Absicht kraft rechtlicher Nothwendigkeit, und zwar bald so, daß die Wirkung unmittelbar für den Andern eintritt, als ob er selbst gehandelt hätte,

[f] L. 34. D. de R. J. L. 7. §. 2. cit. L. 65. §. 7. L. 69. §. 1. D. de legat. III. L. 18. §. 3. D. de instr. leg. 33. 7. [g] L. 12. D. de reb. dub. 34. 5. L. 80. D. de V. O. 45. 1. [h] L. 67. D. de R. J. [i] L. 9. 56. D. de R. J. [k] L. 34. D. ibid. L. 38. §. 18. D. de V. O. 45. 1. [l] L. 39. D. de pact. 2. 14. L. 21. 33. 34. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 172. pr. D. de R. J. cf. L. 99. pr. D. de V. O. 45. 1. [m] L. 179. D. de R. J. [n] L. 85. pr. eod. [o] L. 12. eod. [p] L. 34. D. de neg. gest. 3. 5. cf. L. 11. §. 2. D. de instit. act. 14. 3.

bald nur so, daß dieselbe als zunächst für die handelnde Person begründete mittelbar auf ihn übertragen wird. Ob und wie dieses stattfinde, ist nach der Natur der verschiedenen Rechtsverhältnisse näher zu bestimmen. Im Allgemeinen ist nur zu bemerken: 1) Nach altem Rechtsatz fand vermögensrechtlicher Erwerb durch die der Gewalt unterworfenen Personen (Sclaven und Hauskinder) kraft rechtlicher Nothwendigkeit und mit unmittelbarer Wirkung für die Gewalthaber statt [a], und wenn auch dieser Rechtsatz in Ansehung der Hauskinder später sehr beschränkt worden ist, so blieb doch im neuesten Rechte die Regel anerkannt [b], daß durch dieselben, indem sie als Stellvertreter für den Vater handeln, diesem unmittelbar erworben werden könne; 2) in vermögensrechtlichen Geschäften, sofern sie Recht [c] oder Verpflichtung [d] begründen, ist nach neuerem und zumal nach heutigem Recht auch sonst eine Stellvertretung mit unmittelbarer oder wenigstens mittelbarer Wirkung für denjenigen, an dessen Statt (als dessen Repräsentant) der Stellvertreter handelt, in so ausgedehntem Umfange zugelassen, daß deren rechtliche Möglichkeit als das Regelmäßige bezeichnet werden kann[2].

Anm. [1] Auf diesen Fall beschränkt den Begriff der Stellvertretung mit Recht Brinz krit. Bl. Nr. 2., und schließt daher den Fall sog. nothwendiger Repräsentation (Puchta §. 52.) davon aus. „Stellvertretung ist Vollführung fremder Geschäfte nicht nur der Wirkung, sondern auch dem Willen nach." Vgl. Scheurl in d. krit. Ueberschau I. S. 317. fg. „Weil hausunterthänige Personen vermöge einer ... Nothwendigkeit, was sie erwerben, ihren Gewalthabern erwerben, und eben so unter gewissen Voraussetzungen ... dieselben verpflichten, sind sie besonders tauglich, Stellvertreter ihrer Gewalthaber zu werden, sind es aber im einzelnen Fall doch nur wirklich, wenn sie es seyn wollen. — Dieses ... gründlich und meist treffend nachgewiesen zu haben, scheint mir das Hauptverdienst von Brinz." An sich nicht Stellvertretung ist es, wenn Jemand nur als Werkzeug der Willenserklärung eines Andern dient, L. 2. §. 2. D. de O. et A. 44. 7. pr. J. de consensu obl. 3. 22. Scheurl S. 318., obwohl sich damit allerdings auch eine Stellvertretung in einer andern Beziehung verbinden kann (§. 231. Anm. 3.).

[2] Vgl. überhaupt Sav. III. §. 113. Buchka, d. L. von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Rostock 1852., Brinz und Scheurl a. a. O.

[a] Inst. per quas personas nobis acquiritur. 2. 9. per quas pers. nob. obl. acquir. 3. 28. cf. Gai. II. 86...96. III. 163...167. [b] L. 38. §. 17. L. 45. pr. D. de V. O. 45. 1. §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. §. 1. J. h. t. 2. 9. [c] §. 5. J. h. t. 2. 9. Gai. II, 95. L. 53. D. de acquir. dom. 41. 1. cf. L. 13. 20. §. 2. D. ibid. L. 1. Cod. per quas person. nob. acquir. 4. 27. L. 6. 9. Cod. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine emerit. 4. 50. L. 11. D. de O. et A. 44. 7. L. 73. §. 4. D. de R. J. [d] Inst. quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicatur. 4. 7. cf. L. 6. §. 1. D. de negot. gest. 3. 5. L. 19. pr. 20. D. de instit. act. 14. 3.

§. 77.

Die Stellvertretung kann begründet seyn 1) in einem Gewaltverhältniß (§. 76. Anm. 1.); 2) in der Verfassung einer juristischen Person, durch welche die Repräsentation dieses Rechtssubjects im rechtlichen Verkehr festgesetzt ist (§. 43); 3) in einem von der öffentlichen Gewalt ausgehenden Auftrag oder Amt, z. B. Vormundschaft; 4) in einem von dem Willen des Repräsentirten selbst ausgegangenen Auftrag (Mandat, Vollmacht). Im letzten Fall heißt der Stellvertreter Procurator, der Repräsentirte Dominus, sc. negotii, Principal [a]. Der Umfang der Befugnisse eines solchen Stellvertreters und folgeweise auch der Wirkung seiner Handlungen für den Dominus bestimmt sich durch den erklärten Willen des letzten, d. i. durch den Umfang der Vollmacht, welche eine allgemeine (generelle) oder besondere (specielle) seyn kann; daher procurator generalis oder specialis; und zwar generell rücksichtlich einer ganzen mehr oder minder umfassenden Classe von Geschäften oder rücksichtlich eines bestimmten Geschäfts, zu dessen Ausführung wieder verschiedene einzelne Handlungen erforderlich sind, so daß jener Gegensatz nur relative Bedeutung hat. Ein procurator omnium bonorum kann bloß zur Erhaltung der Güter (custodia) bestellt seyn oder auch zur Verwaltung (administratio), worin zugleich die Befugniß zur Veräußerung, nicht zur Schenkung [b], liegt, und zwar beschränkt oder unbeschränkt (libera administratio), was ihn jedoch immer noch nicht von der Rücksicht auf den vermuthlichen Willen des Dominus entbindet [c]. Uebrigens kann 5) auch ohne Auftrag ein Stellvertreter (negotiorum gestor) mit verpflichtender Wirkung für einen Andern handeln, insofern er dessen wahres Interesse in Acht nimmt [d].

§. 78.

Der ursprüngliche Mangel der Befugniß zur Stellvertretung eines Andern (§. 77) kann dadurch ersetzt werden, daß dieser nachträglich seine Zustimmung zu dem in seinem Namen vorgenommenen Rechtsgeschäfte erklärt. Dieß ist Genehmigung, ratihabitio. Dadurch wird das Rechtsgeschäft für ihn ebenso wirksam, als ob es

[a] Dig. de procuratoribus. 3. 3. Cod. 2. 13. [b] L. 7. pr. D. de donat. 39. 5. [c] L. 58...60. 63. D. h. t. 3. 3 L. 17. §. 3. D. de iureiur 12. 2. L. 11. §. 7. L. 12. D. de pign. act. 13. 7. cf. cap. 4. de procurat. in 6to 1. 19. [d] Dig. de negot. gest. 3. 5. cf. Dig. de procur. et defensoribus. 3. 3.

urſprünglich mit ſeinem Willen ſo abgeſchloſſen wäre [a], aber ohne Beeinträchtigung wohlerworbener Rechte dritter Perſonen [b], und ohne Umwandlung des ohnedem beſtehenden Rechtsverhältniſſes des Stellvertreters zu dem Genehmigenden [c].

Die rückwirkende Kraft der nachträglichen Zuſtimmung (Genehmigung) tritt, wo nicht ein anderer Wille ſich kundgibt, auch ſonſt in ſolchen Fällen ein, wo zur Gültigkeit oder vollen Wirkſamkeit einer juriſtiſchen Handlung nur noch die Einwilligung eines Andern fehlte, wenn dieſe ſpäter hinzutritt unter Umſtänden, unter welchen jene noch gültig vorgenommen werden könnte [d]; ebenſo auch dann, wenn Jemand ein von ihm ſelbſt vorgenommenes Rechtsgeſchäft, welches er aber aus irgend einem Grunde anfechten konnte, nach Beſeitigung des die Anfechtbarkeit begründenden Umſtandes beſtätigt, was man ebenfalls Ratihabition nennt [e]. Wenn dagegen der Gültigkeit eines Rechtsgeſchäfts ein Hinderniß im Wege ſtand, das man nicht durch ſeinen Willen zu beſeitigen vermochte, ſo kann auch die nach Beſeitigung dieſes Hinderniſſes erklärte Anerkennung nicht rückwirkende Kraft haben [f].

Anm. L. 12. in f. D. de solut. 46. 3. Ratihabitio mandato comparatur. L. 25. Cod. 5. 16. „ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt.“ L. 7. Cod. cit. Necesse est enim patris ratihabitionem vel principali mandato patris vel consensui non esse absimilem, quum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahitur et confirmat ea, quae ab initio subsecuta sunt. — L. 16. §. 1. D. 20. 1. Si nesciente domino res eius hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum *(hoc ipso?)*, quod ratum habet, voluisse eum retrorecurrere ratihabitionem (Hal. om. *ratihabitionem*) ad illud tempus, quo convenit. Voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt. — L. 9. D. 3. 5. — Scaevola: imo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse; . . . . nam utique mandatum non est; erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio. — Puchta §. 51. not. c. §. 53. not. i. Böcking Inſt. §. 116. *n*...*t*.

§. 79.

7) Von der Ungültigkeit der Rechtsgeſchäfte [1].

Nichtig heißt ein Rechtsgeſchäft, welches nur dem Scheine nach beſteht, juriſtiſch aber ſchlechthin (ipso iure) als nicht beſtehend

[a] L. 60. cf. L. 152. §. 2. D. de R. J. L. 56. D. de iud. 5. 1. L. 71. §. 1. 2. D. de solut. 46. 3. cap. 10. de R. J. in 6to. [b] arg. L. 16. §. 1. in f. D. de pign. 20. 1. [c] L. 9. D. de neg. gest. 3. 5. [d] L. 7. Cod. ad. Sc. Maced. 4. 28. L. 24. pr. D. ratam rem haberi et de ratihabitione. 46. 8. L. 16. §. 1. cit. [e] L. 25. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16. cf. L. 1. Cod. si maior factus ratum habuerit. 2. 46. [f] L. 27. L. 65. §. 1. D. de ritu nupt. 23. 2. L. 4. §. 6. D. de off. procons. 1. 16.

angesehen wird (nullum negotium). Anfechtbar (rescissibel) heißt ein Rechtsgeschäft, welches zwar an sich besteht, seiner Wirkung nach aber von einer Person kraft eines ihr zustehenden Rechts als ungültig angegriffen werden kann, es sey durch eine gerichtliche Handlung, z. B. Klage, Einrede, Begehren der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, oder auch durch eine außergerichtliche Erklärung, welches daher als bestehend gilt, wenn und so lange jene nicht von dieser Befugniß Gebrauch macht [2]. Die Folge der wirklich geschehenen Anfechtung kann aber seyn, das das Rechtsgeschäft nunmehr schlechthin nichtig oder daß es nur in seiner Wirkung vereitelt wird. Die Nichtigkeit wie die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts kann nicht nur von Anfang an vorhanden seyn, sondern auch später erst eintreten. Von Anfang nichtig ist ein Rechtsgeschäft, wenn es ihm an einem wesentlichen Erforderniß seiner Entstehung mangelt, oder wenn es einem gesetzlichen Verbote widerstreitet, wo nicht das Gesetz mit der Uebertretung seines Verbotes ausdrücklich eine andere die Nichtigkeit ausschließende Folge verbindet [3]. Die Gründe, aus denen ein anfangs gültiges Rechtsgeschäft später ungültig wird (Infirmation, Rescission), sind verschieden nach Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte; es läßt sich darüber eine durchgreifende allgemeine Regel nicht aufstellen [4].

Ein anfangs ungültiges Rechtsgeschäft kann andererseits späterhin gültig werden durch Beseitigung der Gründe seiner Ungültigkeit (Convalescenz); dieß tritt jedoch so wenig in allen Fällen ein, daß vielmehr für nichtige Rechtsgeschäfte das Gegentheil als Regel ausgesprochen wird [5].

Verschieden von der Convalescenz ist die Conversion (Umwandlung) desselben, welche darin besteht, daß dasselbe als ein Rechtsgeschäft anderer Art behandelt und aufrechterhalten wird, wozu natürlich das Daseyn aller gesetzlichen Erfordernisse dieses andern Rechtsgeschäfts vorausgesetzt wird [6].

Uebrigens kann ein Rechtsgeschäft auch bloß theilweise ungültig seyn oder werden, unter Aufrechthaltung der gültigen Bestandtheile [7].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Sav. § 202. 203. IV. S. 536...560. Seuffert §. 82...85. Sint. §. 24. II. Puchta §. 67. und Vorlesungen zu diesem §. S. 140...143.

[2] Puchta §. 67. not. c. „Es wäre denkbar, daß auch bei der Nullität eine

Erklärung irgend einer Art von Seiten einer Perſon, die ſie geltend machen will, und ein richterlicher Ausſpruch gefordert würde, um den äußern Schein eines Geſchäfts aufzuheben und künftiger Ungewißheit zu entgehen, z. B. eine querela nullitatis und darauf folgende richterliche Nullitätserklärung. Dem römiſchen Recht iſt dieß fremd, im heutigen kommt es vor, aber nur in wenigen Fällen, bei der Ehe und im Proceß." Vgl. Zachariä franzöſ. Civilrt. §. 37. Ueber die ſog. querela nullitatis vgl. Sav. S. 539 fg.; über abſolute und ſog. relative oder reſpective (Puchta „bedingte") Nichtigkeit: Brandis in Linde's Zſchr. VII. 4. 5. Sint. a. a. O. not. 17. Vgl. auch Arndts Pflichttheils- und Notherbenrecht im Rtslex. VIII. S. 106...116.

[3] L. 5. Cod. de legib. 1. 14. (Theod. et Valent.) .... Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legislatori quae fieri non vult tantum prohibuisse sufficiat, ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere, hoc est ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere quod factum est. cf. Nov. Theod. tit. VIII. In früherer Zeit galt dieſer Grundſatz nicht, indem man unterſchied zwiſchen leges perfectae, minus quam perfectae und imperfectae. Ulp. fragm. §. 1. Der offenen Uebertretung ſteht übrigens die Umgehung des Verbotes (quod in fraudem legis fit) gleich. L. 29. 30. D. de legib. 1. 3. Sav. S. 549...552.

[4] L. 98. pr. D. de V. O. 45. 1. Maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, quum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere. L. 140. §. 2. ibid. Etsi placeat extinguere obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, non tamen hoc in omnibus verum est. L. 3. §. 2. D. de his quae pro non script. hab. 34. 8. Quae in eam causam inciderunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur. L. 85. §. 1. D. de R. J. Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt.

[5] L. 29. D. de R. J. Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. cf. L. 201. 210. ibid. — Convalescenz durch Beſtätigung des Regenten? L. 38. D. de adopt. 1. 7. Seuffert §. 84 a. E.

[6] Ein Hauptfall iſt die Erhaltung eines Teſtaments als Codicill vermöge der Codicillarklauſel. L. 1. D. de iure cod. 29. 7. L. 8. Cod. de codicill. 6. 36. cf. L. 5. pr. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 8. pr. D. de accept. 46. 4. L. 1. §. 4. D. de const. pec. 13. 5. — Römer, zur Lehre v. d. Converſion der Rechtsgeſchäfte überhaupt und ihrer beſondern Anwendung auf das Wechſelverſprechen, im civ. Arch. XXXVI. 4.

[7] Cap. 37. de R. J. in 6to 5. 12. Utile non debet per inutile vitiari. cf. L. 1. §. 5. D. de V. O. 45. 1. Aber vgl. L. 178. D. de R. J. Cum

principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.

8) Insbesondere von Schenkungen [1].

§. 80.

a) Begriff.

Schenkung, donatio [a], heißt ein Rechtsgeschäft, welches darin besteht, daß Jemand aus freiem Willen, aus Liberalität [d], also ohne rechtliche Verbindlichkeit [c], durch reine Minderung des eigenen Vermögens [d], absichtlich, d. i. (animo donandi [e], einem Andern eine Vermögensbereicherung [f], zuwendet [2], welche dieser auch in entsprechender Willensmeinung [g] annimmt [3]. Der erste heißt Schenker, Schenkgeber, Donator; der andere der Beschenkte, Schenknehmer, Donatar. In allen Arten von Vermögensrechten können durch Schenkung Veränderungen bewirkt werden (dando [h], promittendo oder obligando [i], liberando [k]); sie bezieht sich auf keine Classe von Vermögensrechten ausschließlich, und steht mit keinem Rechtsinstitut in besonderem engerem Zusammenhange; daher findet sie ihre Stelle in der allgemeinen Lehre von den Rechtsgeschäften [4]. Die Schenkung ist entweder Schenkung unter Lebenden (donatio inter vivos) oder Schenkung auf den Todesfall (mortis causa donatio) [l]. Die letzte ist eine Schenkung, deren Vollendung vom Tode des Schenkers abhängig gemacht wird, so daß sie nicht zu Stande kommt oder wieder rückgängig wird, wenn der Schenker den Beschenkten überlebt; wegen ihrer Verwandtschaft mit den Vermächtnissen wird diese Art der Schenkung im Erbrecht §. 589 — 590 näher erörtert werden. Schenkung

[a] Inst. de donationibus. 2. 7. Dig. de donationibus. 39. 5. Cod. 8. 54. cf. Theod. Cod. VIII. 12. Pauli sentt. V. 11. Fragm. Vat. §. 248...316. [b] L. 1. D. h. t. [c] L. 29. pr. D. h. t. [d] L. 3. D. pro donato. 41. 6. L. 5. §. 13. 14. L. 31. §. 6. 7. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. 6. §. 2...5. L. 18. D. quae in fraud. 42. 8. L. 1. §. 6...8. D. si quid in fraud. patr. 38. 5. L. 23. pr. D. h. t. [e] L. 1. 18. D. h. t. L. 5. §. 5. L. 31. §. 3. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. 19. §. 1. 4...6. D. h. t. [f] L. 5. §. 8. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 1. §. 19. D. si quid in fraud. patr. 38. 5. L. 9. 19. §. 4. D. h. t. [g] L. 19. §. 2. D. h. t. L. 18. D. de reb. cred. 12. 1. L. 36. D. de acquir. dom. 41. 1. [h] §. 40. J. de rer. div. 2. 1. L. 4. 6. 9. 10. 27. D. h. t. L. 12. §. 2. L. 38. 40. D. de usufr. 7. 1. [i] §. 2. J. h. t. L. 35. §. 5. Cod. h. t. L. 12. 22. 33. pr. D. h. t. cf. L. 12. D. de novat. 46. 2. L. 1. §. 7. D. si quid in fraud. 38. 5. — L. 2. §. 1. L. 21. §. 1. L. 33. §. 3. D. h. t. L. 2. 3. 11. Cod. h. t. — L. 31. §. 3. L. 34. pr. D. h. t. [k] L. 17. 12. pr. L. 33. §. 3. D. h. t. L. 1. D. de transact. 2. 15. — L. 7. §. 7. L. 50. pr. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 12. Cod. de neg. gest. 2. 19. [l] pr. §. 1. J. h. t. Dig. de mortis causa donationibus. 39. 6. Cod. 8. 57.

unter Lebenden iſt jede andere Schenkung, welche nicht in bezeichneter Weiſe von dem Tode des Schenkers abhängig gemacht iſt, wenn gleich ihr (ſuspenſiv oder reſolutiv) eine Bedingung beigefügt ſeyn mag, die erſt nach dem Tode des Schenkers erfüllt werden könnte [m]. Nur von dieſen Schenkungen iſt in den folgenden §§. weiter die Rede.

Anm. [1] Vgl. überhaupt Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen nach R. Rt. Bd. I. Marburg 1835. Bd. II. Abtheil. 1. 1837. — Sav. Syſtem §. 142...176. Bd. IV. S. 1...297; insbeſondere über Schenkungen unter Ehegatten S. 165...194, über Schenkung auf den Todesfall S. 239...280; über die Geſchichte dieſer Lehre: Puchta Curſus der Inſtitutionen II. §. 205. 206.

[2] Vgl. die Gegenſätze in L. 65. §. 4. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. . . . Si iussu meo traduntur, cui ego . . . . eas praestare debuerim vel in creditum ire vel donare voluerim; L. 49. D. de solut. 46. 3. . . . . Si iussu eius alii solvitur vel creditori eius vel futuro debitori vel etiam ei, cui donaturus erat. Meyerfeld I. S. 26. Man will nach dieſen Stellen nur eine dreifache Abſicht (causa, animus) unterſcheiden, welche einer gewollten Vermögensänderung zum Grunde liegen könne und ſo zugleich den juriſtiſchen Charakter des betreffenden Rechtsgeſchäfts näher beſtimme, den animus solvendi, credendi und donandi. Allein dann „muß der animus credendi ſo allgemein gefaßt werden, daß er alle Beſtimmtheit verliert und ganz zerfließt.“ Windſcheid v. d. Vorausſetzung S. 89. fg. Es kann z. B. auch conditionis implendae oder dotis constituendae oder transactionis causa eine ſolche Vermögensänderung vorgenommen werden, die nur gezwungener Weiſe unter den Begriff des credendi causa zu ſtellen wäre. Uebrigens kommt donatio auch in einem weitern Sinn vor. Sav. IV. S. 13. 14.

[3] Ueber die Frage, ob zu dem Weſen der Schenkung Annahme von Seiten des Beſchenkten (Acceptation) erforderlich ſey? vgl. L. 10. D. h. t. Absenti, sive mittas qui ferat, sive quod ipse habeat sibi habere eum iubeas, donari recte potest; sed si nescit, rem, quae apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum eius, cui donabatur, missa fuerit; nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat. L. 8. in f. D. de novat. 46. 2. „. . . liberat autem me is, qui quod debeo promittit, etiamsi nolim.“ L. 23. D. de solut. 46. 3. Solutione et iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus. L. 91. ibid. „. . . debitorem tuum etiam praesentem etiam invitum liberare ita poteris, supponendo a quo debitum novandi causa stipuleris.“ L. 50. pr. D. de donat. int. v. et u. 24. „. . . quaeritur enim, an mulier ex viri patrimonio locupletior sit . . . . facta autem intelligitur, quae aere alieno suo interventu viri liberata est.“ Meyerfeld I. S. 37 fgg. Sav. S. 145 fgg. Dagegen L. 19. §. 2. D. h. t. Non potest liberalitas nolenti acquiri. Puchta a. a. O. §. 205. not. p.

[4] Früher war es üblich, die Lehre von der Schenkung in der Lehre vom Eigenthum einzuſchieben, nach dem Beiſpiel der Inſtitutionen, dann in der Lehre

[m] L. 27. 35. §. 2. D. de m. c. donat. 39. 6.

von den Obligationen, z. B. Heise, Mühlenbruch, Göschen, Seuffert u. a. Aber sowohl Schenkungsversprechen als schenkungsweise Uebertragung des Eigenthums sind nur einzelne Fälle der Schenkung. Die richtige Stellung hat dieser Lehre zuerst Puchta gegeben, Lehrb. der Institut. S. 29. System §. 68., nach ihm Bang. §. 121. Sav. a. a. O. Sint. §. 23. n. a. Die Schenkung würde gar nicht Gegenstand einer besondern Lehre seyn, sondern nur die Absicht zu schenken als causa eines Rechtsgeschäfts in Betracht kommen, wenn nicht das Recht für solche Vermögensänderungen, denen diese causa zum Grunde liegt, besondere Bestimmungen aufstellte. Uebrigens gibt es noch andre Rechtsgeschäfte, die mit der Schenkung das gemein haben, daß die verschiedenartigsten Vermögensänderungen ihren Inhalt ausmachen können, z. B. die Bestellung einer Dos, der Vergleich; vgl. §. 269. 395 fg., Böcking Pand. I. §. 95. fg.

§. 81.

b) Erfordernisse der Schenkung unter Lebenden.

Die Schenkung wird vollzogen durch die juristische Handlung, welche die in der Absicht zu schenken erzielte Bereicherung des Schenknehmers bewirkt, verschieden nach Verschiedenheit des Gegenstandes der Schenkung [a]; wobei nur das Besondere zu bemerken ist, daß das Schenkungsversprechen schon nach römischem Recht auch ohne Stipulation wirksam ist [b]. Vorausgesetzt wird aber die Befugniß des Schenkenden zu unentgeltlicher Veräußerung [c], welche selbst in dem Recht freier Verwaltung fremden Gutes nicht enthalten ist [d]. Auch ist kraft besondern Rechtssatzes ungültig die Schenkung unter Ehegatten, worüber das Nähere in der Lehre von der Ehe [e]. Eine Schenkung aber, deren Summe oder Werthbetrag zur Zeit der Schenkung, also ohne Zurechnung der davon später gewonnenen Früchte [f], die Summe von 500 Solidi übersteigt, bedarf zudem gerichtlicher Verlautbarung [g], Insinuation; wiedrigenfalls ist sie, soweit sie jenen Betrag überschreitet [h], nichtig [2]. Diese Vorschrift findet jedoch keine Anwendung auf mehrere nicht gleichzeitige Schenkungen von geringerem Betrage [i], unter denselben Personen [3], wenn nicht eine Umgehung des Gesetzes dadurch beabsichtigt ist [k], auch nicht auf die Schenkung einer nicht schon für ein Jahr das gesetzliche Maß übersteigenden Rente [l], während

[a] L. 10. 21. pr. 34. pr. D. h. t. cf. §. 80. Anm. 3. — L. 6. 28. Cod. h. t. [b] L. 35. §. 5. Cod. h. t. (Just.) §. 2. J. h. t. [c] L. 33. §. 2. D. h. t. L. 16. Cod. h. t. [d] L. 7. D. h. t. L. 28. §. 2. D. de pactis. 2. 14. L. 22. 46. §. 7. D. de adm. tut. 26. 7. [e] Dig. de donat. int. v. et u. 24. 1. Cod. 5. 16. [f] L. 9. §. 1. L. 11. D. h. t. [g] L. 36. §. 3. cf. L. 27. L. 30...35. Cod. h. t. — §. 2. J. h. t. [h] L. 34. pr. L. 35. §. 3. in f. Cod. h. t. [i] L. 34. §. 3. Cod. h. t. [k] arg. L. 29. 30. D. de legib. 1. 3. [l] L. 34. §. 4. Cod. h. t.

das Versprechen einer bestimmten Reihe jährlicher Leistungen, deren Gesammtbetrag die gesetzliche Summe übersteigt[m], desgleichen das Versprechen einer jeden Rente, aus welchem Recht und Verpflichtung auf die beiderseitigen Erben übergehen soll [n], allerdings der erwähnten Rechtsvorschrift unterliegt [4]. Ausgenommen von dieser Vorschrift sind außerdem a) Schenkungen des Regenten oder an denselben [o], b) Schenkungen beweglicher Sachen der Kriegsobersten (magistri militum) an die Soldaten [p] (jetzt unpraktisch), c) Schenkungen zum Wiederaufbau zerstörter Gebäude [q], d) Bestellung einer Dos sofern darin eine Schenkung für die Frau liegt [r], e) Schenkungen zum Loskauf von Gefangenen [s], nicht aber, wie einige angenommen haben [5], überhaupt Schenkungen zu milden Zwecken, ad pias causas [t].

Anm. [1] Ueber die Geschichte dieses Rechtssatzes und dessen historischen Zusammenhang mit der lex Cincia vgl. Fragm. Vat. §. 248. sqq. Puchta Cursus der Institut. §. 206. Sav. IV. S. 194. fg. — Der Solidus ist in der Praxis gleichgeschätzt einem ungarischen Ducaten ursprünglichen Gepräges = $2^{1}/_{2}$ Rthlr. oder 4 Gulden im Zwanzigguldenfuß = $2^{4}/_{5}$ Rthlr. preuß. Cour., also 500 Solidi = 2000 Gulden im Zwanzigguldenfuß oder 2400 Gulden im Vierundzwanzigguldenfuß = 1400 Rthlr. preuß. Courant. Der eigentliche Werth des Solidus war höher. Vgl. Ztschr. für gesch. Rtsw. VI. S. 391. XII. S. 9. — Ueber Ermittelung des Werthes der Schenkung Sav. S. 211...216.

[2] Folgen der Nichtigkeit: a) L. 34. §. 2. Cod. h. t. „... electionem damus ei, qui ampliorem summam in re donata habuerit, reliquam aestimationis quantitatem offerre ei, qui minorem causam habuit, et totum possidere. Sin autem hoc minime facere maluerit, tunc omnimodo res dividi secundum quantitatem utrique parti competentem, si res dividi sine suo periculo possibilis est. Sin autem in huiusmodi casibus, in quibus partitio utiliter celebrari minime potest, amplioris summae dominus noluerit aestimationem offerre, tunc licebit etiam ei, qui minoris summae habet potestatem, offerre pretium et totum sibi vindicare. b) L. 21. D. h. t. Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti; factum valet, ille enim suum recepit. §. 1. Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere iussi, an summoveris donationis exceptione necne tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris. Sed ego si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sunt, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi

[m] arg. L. 35. §. 7. D. de m. c. donat. 39. 6. L. 16. §. 1. D. d. V. O. 45. 1. [n] L. 34. §. 4. in f. Cod. h. t. [o] L. 34. pr. Cod. h. t. nov. 52. cap. 2. [p] L. 36. §. 1. Cod. h. t. [q] L. 36. §. 2. Cod. h. t. [r] L. 31. pr. Cod. de iure dot. 5. 12. cf. nov. 119. cap. 1. nov. 127. cap. 2. [s] L. 34. pr. L. 36. pr. Cod. h. t. [t] L. 34. pr. in f. Cod. h. t. cf. L. 35. §. 5. L. 36. pr. ibid. L. 19. Cod. de ss. eccles. 1. 2.

promisit, ita ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus; sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem. L. 24. D. ibid. Fideiussori eius, qui donationis causa pecuniam supra modum legis promisit, exceptio dari debet etiam invito reo, ne, si forte reus solvendo non fuerit, pecuniam fideiussor amittat. cf. Fragm. Vat. §. 266. 267. 310.

[3] Eben ſo wenig auf eine gleichzeitige nur im Ganzen übermäßige Schenkung an mehrere Perſonen: Seuffert's Arch. I. 342.

[4] L. 34. §. 4. Cod. h. t. (not. n.) erklärt die Schenkung der Rente ausdrücklich für bedürftig der Inſinuation (omnimodo acta exposcere): „si etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio vel adiiciatur tempus vitae vel donatoris vel eius qui donationem accipiet.“ Ueber die Erklärung des letzten Zuſatzes und dazu verſuchte Textverbeſſerungen (*nec* oder *vel non adiiciatur*: Cuiac. obs. XV. 22., *tempus vitae heredum vel don.*: Sav.) vgl. Sav. 214. Bang. §. 122.

[5] Mit Unrecht wird zu dieſen ſelbſt der Vf. dieſes Lehrb. gezählt von Buchholtz in Linde's Ztſchr. n. F. XI. 4., der übrigens die Unrichtigkeit der fraglichen Behauptung unwiderleglich darthut, mit denſelben Argumenten, welche ſein vermeintlicher Gegner ſchon in der erſten Aufl. bei den Allegaten in nota t. in petto hatte.

§. 82.

c) Wirkung der Schenkung.

Die Wirkung der Schenkung beſtimmt ſich näher durch ihren Inhalt. Eine Univerſalſucceſſion kann dadurch nicht begründet werden, wenn ſie auch, was allerdings möglich iſt, ein ganzes Vermögen [1] oder einen aliquoten Theil deſſelben zum Gegenſtande hat [a]. Die gültig vollzogene Schenkung iſt in der Regel unwiderruflich [b]. Doch iſt der Widerruf geſtattet wegen Undanks des Beſchenkten [c]; der Schenker, nicht auch deſſen Erbe, hat deshalb eine perſönliche Klage gegen den Beſchenkten, nicht mehr gegen deſſen Erben [2]; ſodann wegen nachgeborner Kinder [d], wenn nach dem Gegenſtande der Schenkung anzunehmen iſt, daß der damals kinderloſe Schenker in Vorausſicht jenes Ereigniſſes dieſelbe gewiß nicht gemacht haben würde [3]. Andere Perſonen können eine Schenkung anfechten wegen Schmälerung ihres Pflichttheils [e] (§. 597), und wegen Beeinträchtigung ihrer Forderungen [f] (§. 228).

[a] L. 11. 22. 34. §. 4. 5. Cod. h. t. L. 8. Cod. de revoc. don. 8. 56. L. 28. D. h. t. L. 37. §. 3. D. de legat. III. L. 17. §. 1. D. quae in fraud. 42. 8. cf. L. 72. pr. D. de iure dot. 23. 3. cf. Fragm. Vat. §. 263. L. 1. 2. Cod. Hermog. de donat. tit. VI. [b] L. 2...5. Cod. de revocandis donat. 8. 56. [c] L. 10. cf. L. 1. 7. 9. Cod. l. c. [d] arg. L. 8. Cod. l. c. [e] Cod. de inofficiosis donat. 3. 29. [f] Dig. quae in fraud. cred. 42. 8.

Anm. [1] Auch das gegenwärtige und zukünftige Vermögen? Sav. §. 159. Meyerfeld II. §. 21. — Puchta §. 71. not. g. Vorleſ. I. S. 150.

[2] L. 10. Cod. 8. 56. (Just. a. p. Chr. 530.) Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut a) iniurias atroces in eum effundat, vel b) manus impias inferat, vel c) iacturae molem ex insidiis suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponit, vel d) vitae periculum aliquod ei intulerit, vel e) quasdam conventiones, ... quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit..... Hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus etc. cf. L. 7. eod. Actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis (d. i. vindictae) tantum habeat effectum, nec in heredem detur nec tribuatur heredi. Nach älterm Recht ſtand ein ſolches Recht des Widerrufs nur Eltern gegen Kinder und dem Patron gegen den Freigelaſſenen zu. L. 1. 7. 9. Cod. l. c. Die Mutter, welche zur zweiten Ehe geſchritten (mater binuba), kann in den Fällen a—e gar nicht widerrufen, in dem Falle e nur wegen Verſuchs gänzlicher Vermögensentziehung. L. 7. Cod. l. c. nov. 22. cap. 35. Mütter aber, quae portentosae vilitatis abiectaeque pudicitiae sunt, können in keinem Falle widerrufen, L. 7. cit. in f.

[3] Nach R. Rt. ſteht dieſes Recht nur dem kinderloſen Patron gegen den beſchenkten Freigelaſſenen zu. L. 8. Cod. l. c. Vgl. Puchta Curſ. der Inſt. §. 206. Die Praxis hat es auch auf andere Schenker ausgedehnt, Puchta §. 70. not. d., jedoch nicht ohne Widerſpruch. Sav. S. 229. not. h.

§. 83.

d) Beſondere Arten der Schenkung.

Als ſolche ſind hervorzuheben 1) die remuneratoriſche Schenkung, d. i. eine Schenkung, wozu der Schenker durch Dankbarkeit bewogen wurde [a]. Sie iſt eine wahre Schenkung, ihrer Wirkung nach unabhängig von der Wahrheit des Beweggrundes [b], und unterliegt daher auch den geſetzlichen Beſchränkungen der Schenkungen [1]. Indeſſen iſt es möglich, daß einer Gabe nicht ſowohl die Abſicht zu ſchenken (animus donandi), als vielmehr die Abſicht, einen lohnenswerthen Dienſt zu belohnen, zum Grunde liegt, wenn auch ein rechtlicher Anſpruch auf Lohn nicht begründet iſt [c], und dieſes wird namentlich angenommen bei einer Belohnung für Lebensrettung [d], als eine unſchätzbare Dienſtleiſtung [2]. Eine ſolche Gabe iſt nicht als Schenkung anzuſehen. 2) die Schenkung mit einer Auflage, donatio sub modo [e]. Hier liegt in der Annahme

[a] L. 10. §. 13. L. 12. D. mandati. 17. 1. L. 25. §. 11. D. de hered. pet. 5. 3. [b] L. 65. §. 2. D. de cond. indeb. 12. 6. cf. L. 3. §. 7. D. causa data. 12. 4. [c] L. 27. D. h. t. [d] L. 34. §. 1. D. h. t. [e] Cod. de donationibus quae sub modo conficiuntur. 8. 55.

der Schenkung zugleich die Uebernahme einer Verpflichtung, es ſey zu einer Leiſtung an den Geber ſelbſt [f] oder an einen Dritten [g] oder zu irgend einer andern Handlung [h]. Es entſteht daraus eine Klage auf Erfüllung der Auflage, im erſten Fall für den Schenker [i], im zweiten Fall für den Dritten [k], oder deren Erben; in jedem Fall aber kann wegen verſchuldeter Nichterfüllung der Schenker oder deſſen Erbe das Geſchenkte durch condictio ob causam dati zurückfordern [l], oder, wenn dem Schenker zu leiſtende Alimente verweigert werden, vindiciren [m], der Schenker ſelbſt auch wegen Undanks widerrufen [n]. Uebrigens finden darauf, ſoweit darin eine Schenkung liegt, auch die Vorſchriften über Schenkungen Anwendung [s]. Verwandt der donatio sub modo ſind 3) Schenkungen, die in ein anderes Rechtsgeſchäft eingeſchloſſen werden, z. B. in einen Kaufvertrag [o] oder Geſellſchaftsvertrag [p], mixtum negotium cum donatione; zu unterſcheiden von einer reinen Schenkung, welcher nur der falſche Schein eines andern Rechtsgeſchäfts gegeben iſt [q]. Dort iſt das Rechtsgeſchäft als Schenkung zu behandeln, ſoweit ſich nach Abſicht und Inhalt der die Schenkung bildende Beſtandtheil ausſcheiden läßt [r].

Anm. [1] L. 25. §. 11. D. 5. 3. „... nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur (sc. bonae fidei possessores hereditatis), quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Plane si *ἀντίδωρα* acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt, velut genus quoddam hoc esset permutationis.“ cf. L. 54. §. 1. D. de furtis. 47. 2. Species enim lucri est, beneficii debitorem sibi acquirere. Vgl. Meyerfeld I. §. 19. Sav. §. 153. Mehr oder minder abweichend u. a. a) Schweppe §. 503. b) Wening-Ingenheim §. 283. c) Bang. §. 125. Mühlenbruch §. 443; die letzten ſchließen nur den Widerruf aus. Die neueſte Praxis noch ſchwankend: Seuffert's Arch. I. 340. III. 265., IV. 118. V. 18.

[2] L. 34. §. 1. D. h. t. (Paul. lib. V. sent.) „Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est, non merces (Vulg. *nam merces*, Hal. *merces enim*) eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo

[f] L. 1. 2. Cod. h. t. L. 9. 22. Cod. de donat. 8. 55. L. 3. Cod. de contrah. emt. 4. 38. L. 8. Cod. de rer. permutat. 4. 64. [g] L. 3. Cod. h. t. 8. 55. [h] L. 2. §. 7. D. h. t. 39. 5. L. 71. pr. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 13. §. 2. L. 14. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 36. §. 2. Cod. h. t. 8. 54. [i] L. 9. 22. Cod. cit. L. 8. Cod. cit. [k] L. 3. cit. cf. Fragm. Vat. §. 286. [l] L. 3. 8. Cod. de cond. ob caus. 4. 6. cf. L. 18. D. h. t. 39. 5. [m] L. 1. Cod. h. t. 8. 55. [n] L. 10. Cod. de revoc. donat. 8. 56. [o] L. 5. §. 5. L. 32. §. 26. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. [p] L. 32. §. 24. D. l. c. L. 5. §. 2. D. pro socio. 17. 2. [q] L. 32. cit. §. 25. 26. L. 36. 38. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 3. 9. Cod. eod. 4. 38. [r] L. 5. §. 2. 5. D. de donat. int. v. et u. 24. 1.

modo aestimari non placuit. In Pauli sentt. V. 11. §. 6. lautet die Stelle ſo: Ei, qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur; si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est: quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit. Vergl. L. 27. D. h. t. „... posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum.“

[3] Ohne Grund erklärt die Inſinuation für entbehrlich und beſchränkt den Widerruf Mühlenbruch §. 445. Vgl. auch Donell. lib. XIV. cap. 26. §. 3. cap. 27. §. 12...15. Seuffert's Arch. I. 341. Dagegen §. 82. Anm. 2. e. Sav. §. 154. 175. Seuffert's Arch. V. 168.

D. Von unerlaubten Handlungen insbeſondere.

§. 84.

1) Ueberhaupt.

Handlungen können entweder an ſich widerrechtlich ſeyn oder nur in Beziehung auf ein beſonderes Verpflichtungsverhältniß des Handelnden. Im erſten Fall heißen ſie Verbrechen oder Vergehen, delicta, und, inſofern ſie Privatrechte verletzen, delicta privata, eine Quelle ſelbſtändiger Rechtsanſprüche, der obligationes ex delicto. Im andern Fall erzeugen ſie nur eine Modification des ohnehin beſtehenden Verpflichtungsverhältniſſes. Jede widerrechtliche Handlung aber ſetzt voraus objectiv eine Verletzung und ſubjectiv eine Beziehung zu dem Willen einer Perſon, vermöge welcher jene dieſer zuzurechnen, zu imputiren iſt. Dieſes zweite Moment bezeichnet das Wort Schuld, culpa im weitern Sinn.

Anm. L. 1. pr. D. de iniur. 47. 10. Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat; omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Hoc generaliter; specialiter autem iniuria dicitur contumelia. Interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus. Interdum iniquitatem iniuriam dicemus; nam quum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam (Vulg. *dicam*) quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam; contumeliam autem a contemnendo. L. 5. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Iniuriam autem hic accipere nos oportet .... quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est, si culpa quis occiderit .... §. 2. Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit; quae enim in eo culpa sit, quum suae mentis non sit?

2) Von der Schuld bei widerrechtlichen Handlungen [1].

§. 85.

a) Begriff und Art der Schuld.

Schuld, culpa im weitern Sinn, ist dasjenige Moment in dem Willen eines Menschen, in Beziehung auf eine (positive oder negative) Handlung, vermöge dessen dieser als Urheber einer Rechtswidrigkeit, als Bewirker eines Unrechts erscheint [a]. Diese unrechtliche Willensstimmung kann in bewußtem Wollen des Unrechts bestehen, es sey nun, daß man absichtlich etwas thue oder absichtlich etwas unterlasse, um den rechtswidrigen Erfolg zu erzeugen. Das ist böser Wille, böser oder rechtswidriger Vorsatz, Arglist, dolus, dolus malus [b]. Sie kann aber auch nur in einem Mangel an gebührender Aufmerksamkeit und Besonnenheit bestehen, in einem Mangel an Energie des Willens, die Verletzung zu vermeiden, ohne die auf das Unrecht gerichtete Absicht. Alsdann heißt die Schuld culpa im engern Sinn, Fahrlässigkeit, Versehen, im Gegensatz von dolus [c]. Auch diese kann sowohl im Thun als im Unterlassen begangen werden, culpa in faciendo oder culpa in non faciendo [d]. Doch wird in Fällen, wo zwar das Bewußtseyn des Unrechts nicht fehlt, aber der nächste Beweggrund des Handelns an sich nicht verwerflich, daher auch der Wille nicht eigentlich auf die Rechtsverletzung gerichtet ist, nur von culpa, freilich dolo proxima, gesprochen [e]. Zum Daseyn eines Delicts wird nun meistentheils böser Wille, Dolus, vorausgesetzt [f]. Wegen bloßer Culpa wird man gewöhnlich nur verantwortlich, sofern durch ein besonderes Rechtsverhältniß die Verpflichtung zu einer gewissen Sorgfalt begründet ist [g]. Aber es gibt auch Delicte, die bloß durch Culpa begangen werden. Wegen Zerstörung oder Beschädigung fremder Sachen namentlich wird jeder verbindlich zum Schadensersatze, sofern jene nur irgendwie als Folge einer nicht schuldlosen Thätigkeit, wenn auch nur einer Unachtsamkeit im Thun, ihm zur Last gelegt werden kann [h].

[a] L. 5. §. 1. L. 9. §. 4. L. 10. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 3. D. depos. 16. 3. L. 91. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 9. §. 3. D. de minor. 4. 4. L. 38. D. sol. matr. 24. 3. [b] L. 15. §. 1. D. de iud. 5. 1. L. 1. §. 47. L. 13. D. depos. 16. 3. L. 61. §. 5. D. de furt. 47. 2 L. 3. §. 6. D. de hom. lib. exhib. 43. 29. cf. L. 1. §. 1. 2. D. de dolo 4. 3. [c] L. 61. 8. 5. D. cit. [d] L. 91. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 1. pr. D. de tut. et rat. distrah. 27. 3. [e] L. 7. pr. D. depos. 16. 3. L. 8. §. 10. D. mand. 17. 1. L. 7. §. 7. D. de dolo. 4. 3. [f] L. 50. §. 2. D. de furt. 47. 2. L. 2. 4. D. vi bon. rapt. 47. 8. L. 3. §. 2. D. de iniur. 47. 10. cf. L. 12. 14. D. de adult. 48. 5. L. 16. D. ad. leg. Corn de sicar. 48. 8. u. a. [g] L. 13. §. 2. D. de usufr. 7. 1. [h] Dig. ad. leg. Aquil. 9. 2.

In dieser Beziehung hat man daher nach dem Namen des betreffenden Gesetzes (lex Aquilia) die Aquilische Culpa besonders ausgezeichnet[2]; sie bezeichnet die Gränze des Gebietes der an sich rechtswidrigen Handlungen; was darüber hinausliegt, gehört dem Zufall an (casus)[i].

Anm. [1] Vorzüglich J. Chr. Hasse, die Culpa des R. Rts. Kiel 1815. 2. Ausg. von Bethmann-Hollweg, Bonn 1838. Vgl. Donell. lib. XVI. cap. 6. 7.; Löhr, Theorie der Culpa. Gießen 1806. Beiträge zur Theorie der Culpa. 1808. Mag. IV. 25. (1844.); Zirkler im Rtslex. III. S. 83...133. 466...505.

[2] L. 44. D. ad leg. Aquil. 9. 2. In lege Aquilia et levissima culpa venit. Ueber die Aquilische Culpa vgl. besonders Hasse §. 4...13. S. 15 fg. S. 63 fgg., über culpa in faciendo und in non faciendo S. 105 fg. — Rtslex. S. 103 fg.

§. 86.

b) Grade der Culpa.

Bei Beschädigungen, welche unter die lex Aquilia fallen, werden keine Grade des Verschuldens unterschieden. Jede Beschädigung aus bloßem Versehen hat dieselbe Wirkung wie die vorsätzliche[a]. Wer aber in einem besondern Verpflichtungsverhältniß zu einem Andern steht, der hat in dessen Interesse selbst eine gewisse Sorgfalt oder Befliſſenheit (diligentia) zu bethätigen, deren Versäumung (negligentia), es sey durch Mangel an Achtsamkeit in der Thätigkeit oder durch reine Unthätigkeit, eben darum als Verschulden gegen jenes Verpflichtungsverhältniß, als Culpa, erscheint. Jene Sorgfalt nun kann in verschiedenen Graden gedacht werden, und so gibt es denn auch im Gegensatze davon verschiedene Grade der Culpa. Einen allgemeinen Maßstab dafür gibt die Sorgfalt, welche ein sorgsamer und verständiger Hausvater in gleichem Verhältniß regelmäßig bewähren wird, diligentia diligentis patrisfamilias[b]. Der Mangel derselben ist eine gewöhnliche Schuld, meistens culpa schlechtweg, levis culpa[c], die geringste Schuld, für welche Jemand verantwortlich gemacht wird; sie gränzt unmittelbar an den Zufall, welcher dem Verpflichteten

[i] §. 3. J. de lege Aquil. 4. 3. L. 30. §. 3. L. 52. §. 4. D. eod. 9. 2.

[a] §. 3. J. cit. [b] L. 13. §. 1. L. 14. D. de pign. act. 13. 7. L. 11. D. de peric. et comm. 18. 6. L. 25. pr. in f. D. de probat. 22. 3. L. 137. §. 23. D. de V. O. 45. 1. L. 31. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [c] L. 13. §. 1. cit. §. 4. J. quib. mod. re contr. 3. 14. §. 5. J. de locat. 3. 24. L. 25. §. 7. D. locati. 19. 2. L. 22. §. 3. D. ad. Sc. Treb. 36. 1. L. 20. Cod. de neg. gest. 2. 19. L. 7. Cod. arb. tut. 5. 51. L. 47. §. 5. D. de legat. I.

nicht zuzurechnen iſt [d]. Es kann aber auch die geringere Vorſicht, die ſelbſt der gewöhnliche Menſch gewöhnlich nicht vermiſſen läßt, zum Maßſtab der Beurtheilung dienen. Die Vernachläſſigung derſelben iſt eine grobe Schuld, lata culpa [e]. Dieſe gränzt unmittelbar an den rechtswidrigen Vorſatz, iſt culpa dolo proxima [f], und wird in Verpflichtungsverhältniſſen demſelben gleich behandelt [g].

Nicht einen beſondern Grad, ſondern eine beſondere Richtung der Sorgfalt bezeichnet die custodia, diligentia in custodiendo [h], deren Verſäumung, culpa in custodiendo, insbeſondere wegen Entwendung der Sache verantwortlich macht.

Nach Verſchiedenheit der Verhältniſſe wird man bald für jedes Verſehen verantwortlich, omnis culpa, dolus et culpa, d. i. dolus (mit Inbegriff der lata culpa) und levis culpa, bald nur für dolus mit Inbegriff der lata culpa [i]. In Fällen der erſten Art wird aber bisweilen noch mildernde Rückſicht genommen auf das Maß der Sorgfalt, welche der Verpflichtete in ſeinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, wenn ſie auch geringer iſt, als die eines ſorgſamen Hausvaters, diligentia, quam suis rebus sc. adhibere quis solitus est [k], ſogenannte diligentia in concreto, deren Vernachläſſigung, im Gegenſatze der ſog. culpa in abstracto, die ſog. culpa in concreto iſt, und dieſe kann andrerſeits wieder unter Umſtänden als lata culpa oder dolo proxima [l] erſcheinen.

Anm. [l] L. 11. D. 18. 6. Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit: quia (vielleicht quin? oder quid?) sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit; quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi ac diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. (Vgl. darüber Huſchke in Linde's Ztſchr. n. F. IV. S. 281. Arndts daſ. VIII. S. 101., wo aber Z. 3. v. u. ein „nicht" fehlt, durch deſſen Mangel vielleicht Ribling daſ. IX. 9. zu einer ungegründeten Kritik

[d] L. 18. pr. D. commod. 13. 6. L. 1. §. 4. D. de O. et A. 44. 7. [e] L. 213. §. 2. L. 223. D. de V. S. L. 7. Cod. l. c. [f] L. 29. pr. D. mand. 17. 1. L. 22. §. 3. D. cit. L. 8. §. 3. D. de precario. 43. 26. [g] L. 226. D. de V. S. L. 1. §. 1. D. si mensor. 11. 6. L. 8. §. 3. cit. L. 1. §. 5. D. de O. et A. 44. 7. L. 1. §. 2. D. si is qui test. lib. 47. 4. cf. L. 7. D. ad. leg. Cornel. de sicar. 48. 8. [h] L. 5. §. 5. 6. L. 10. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 13. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. L. 12. pr. L. 14. §. 6. 10. 12. D. de furt. 47. 2. L. 21. pr. L. 36. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. §. 3. J. de emt. 3. 23. [i] L. 23. D. de R. J. cf. L. 13. Cod. mand. 4. 35. L. 5. §. 2. D. commod. 13. 6. L. 17. §. 2. D. praescript. verb. 19. 5. not. b. c. g. [k] L. 72. D. pro socio. 17. 2. L. 17. pr. D. de iure dot. 23. 3. L. 1. pr. D. de tut. et rat. distrah. 27. 3. [l] L. 32. D. depos. 16. 3. L. 22. §. 3. D. ad Sc. Treb. 36. 1.

verleitet worden). L. 13. §. 1. L. 14. D. 13. 7. Venit autem in hac actione (pigneratitia) et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis maior non venit. ... Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. — L. 137. §. 2. D. 45. 1. „... aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promiserit: ut, qui Ephesi daturum se spoponderit, neque diplomate diebus ac noctibus omni tempestate contemta iter continuare cogatur, neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis, quum id agat, ut mature perveniat, i. e. eodem tempore, quo plerique eiusdem conditionis solent pervenire.“ — §. 5. J. 3. 24. Custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda re non tenebitur. — Daſſelbe bezeichnen die Ausdrücke diligentia ſchlechtweg, exacta diligentia, exactissima diligentia, omnis diligentia u. a. Ebenſo andrerſeits culpa, levis culpa, levissima culpa, omnis culpa.

[2] L. 213. §. 2. D. de V. S. Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt. L. 223. ib. Latae culpae finis est non intelligere quod omnes intelligunt. L. 226. ib. Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est. — L. 29. pr. D. 17. 1. Dissoluta enim negligentia prope dolum est. L. 1. §. 1. D. 11. 6. Lata culpa plane dolo comparabitur. — L. 32. D. 16. 3. Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam praestabit.

[3] Die früher herrſchende Theorie unterſchied drei Grade der Culpa, lata, levis und levissima culpa. So im Preuß. Lbrt.: „grobes, mäßiges, geringes Verſehen.“ Die Bekämpfung dieſer Trichotomie durch Donellus blieb unbeachtet, bis Thibaut deſſen Anſichten wieder geltend machte. Seitdem hat die richtige Anſicht, beſonders durch Löhr und Haſſe feſter begründet, allgemeine Anerkennung gefunden. Vgl. noch Seuffert Erörtr. I. S. 102. fgg. Bang. §. 107. Puchta §. 264 bis 267.

IV. Von der Zeit in ihrer Beziehung auf Entſtehung und Endigung von Rechten.

§. 87.

1) Vom Einfluß der Zeit auf Rechtsverhältniſſe im Allgemeinen.

Die Zeit kann auf Rechtsverhältniſſe in verſchiedener Weiſe Einfluß haben[1]. Denn 1) gewiſſe Handlungen, namentlich gerichtliche, ſollen nach geſetzlicher Vorſchrift an gewiſſen Tagen (Feiertagen)

nicht vorgenommen werden [a]. 2) Die Wirkung gewisser Handlungen kann vermöge gesetzlicher oder richterlicher Festsetzung von deren Vornahme zu oder innerhalb gewisser Zeit (Termine, Fristen) abhängig seyn. 3) Rechtsgeschäften kann durch Privatwillkür eine Zeitbestimmung hinzugefügt seyn (§. 73). 4) Mit einer gewissen Dauer eines Zustandes sind häufig besondere rechtliche Wirkungen verbunden. Hinsichtlich dieses Einflusses der Zeit bedarf es näherer Bestimmungen über Zeiteintheilung (§. 88) und Zeitberechnung (§. 89. 90).

In der letzten Beziehung ist insbesondere hervorzuheben die Veränderung in Rechten, welche als Folge der eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzten Ausübung oder Nichtausübung derselben eintritt [b]. Man bezeichnet diese im Allgemeinen durch den Ausdruck Verjährung, praescriptio, und zwar erwerbende Verjährung, praescriptio acquisitiva, oder erlöschende Verjährung, praescriptio extinctiva, je nachdem die Wirkung zunächst im Erwerb eines Rechts durch fortgesetzte Ausübung oder im Verlust durch fortgesetzte Nichtausübung besteht. Es ist aber ein Mißgriff, die Verjährung als Ein zusammenhängendes Rechtsinstitut darzustellen [2]; sie kommt bei verschiedenen Rechten in ganz verschiedenartiger Gestaltung vor. Nur eine Art sogenannter Verjährung ist wegen ihrer allgemeinen Bedeutung hier schon näher zu betrachten (§. 91).

Anm. [1] Ueber diese ganze Lehre vorzüglich Sav. §. 177 ... 201. IV. S. 297 ... 535; eine Uebersicht der einzelnen Einwirkungen der Zeit das. §. 177. Vgl. die sonst dem Eusthatios beigelegte Schrift über die Zeitabschnitte: *αἱ ῥοπαί* oder *περὶ χρόνων προθεσμίας ἀπὸ ῥοπῆς ἕως ἑκατὸν ἐνιαυτῶν*. Ausg. von C. E. Zachariae, Heidelb. 1836.

[2] Jac. Ravii principia univ. doctrinae de praescriptione acquisitiva et extinctiva. Hal. 1766., ed. 3. 1790. Thibaut, über Besitz und Verjährung. Jena 1802. Unterholzner ausführliche Entw. der gesammten Verjährungslehre. 2 Bde. Leipzig 1828. Vgl. Preuß. Landr. Thl. I. Tit. 9. „von der Verjährung" §. 500 ... 669. Cod. Nap. liv. III. tit. 20. de la prescription.

§. 88.

2) Zeiteintheilung.

Die Zeit wird in gewisse Abschnitte eingetheilt: Jahre, Monate, Wochen, Tage. Eine feststehende Eintheilung der Zeit nach

[a] Dig. de feriis et dilationibus et diversis temporibus. 2. 12. Cod. de feriis. 3. 12. X. 2. 9. [b] Dig. de diversis temporalibus praescriptionibus. 44. 3. Cod. de annali exceptione italici contractus tollenda et diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interpellationibus earum. 7. 40. X. de praescriptionibus. 2. 26. in 6to. 2. 13.

den genannten Abſchnitten bietet der Kalender dar. Mit Rückſicht darauf nennt man einen Zeitabſchnitt, ſowie er im Kalender beſtimmt iſt, mit feſtem Anfangs- und Endpunkte, Kalenderjahr, Kalendermonat, Kalenderwoche, Kalendertag, civilis annus, mensis, dies [a]. Der letzte, in 24 Stunden abgetheilt, iſt der Zeitraum von einer Mitternacht zur andern [b]. Das Jahr beſteht aus 365 Tagen, vom 1. Januar bis zum 31. December einſchließlich. Doch wird in jedem vierten Jahre nach dem 23. Februar ein Tag zugeſetzt (Schalttag, dies intercalaris [c]) was nur dreimal in 400 Jahren unterbleibt. Aber dieſer Schalttag wird juriſtiſch mit dem folgenden Tage zuſammen für *einen* Kalendertag gerechnet (bissextus, prior et posterior) [d]. In Rechtsverhältniſſen kommen nun aber meiſtentheils Zeitabſchnitte von gleichem Umfang und gleicher Benennung, mit wandelbarem Anfangs- und Endpunkte, in Betracht. So ſteht dem Kalenderjahr gegenüber ein Zeitjahr (bewegliches, natürliches Jahr), d. i. ein Zeitabſchnitt von 365 Tagen [e], mit willkürlichem Anfangspunkte; ebenſo dem Kalendertag ein Zeittag, natürlicher Tag, d. i. ein Zeitabſchnitt von gleicher Länge, wie der Kalendertag, aber nicht von Mitternacht an gerechnet. Schwierigkeit macht hier nur der Monat, weil die Kalendermonate von ungleicher Länge ſind. Allein wenn in geſetzlichen Beſtimmungen eine Zeitfriſt nach Monaten bezeichnet iſt, ſo wird regelmäßig ein Monat gleich 30 Tagen gerechnet [f] (Zeitmonat).

Anm. [1] Ueber die Zeiteintheilung überhaupt vgl. Censorinus de die natali. cap. 19...24. Macrobii Saturn. I. 3. 12...16. Ideler Hdb. der math. und techniſchen Chronologie. 2 Bde. Berlin 1825. 1826. Gmelin im jurid. Arch. I. S. 577 fgg. S. 756 fgg. — Sav. IV. S. 320...347.

[2] Der heutige Kalender iſt im Weſentlichen der a. u. 709 von Julius Caeſar eingeführte (Julianiſche) Kalender, nur verbeſſert in Betreff der Schalttage durch Gregor XIII. im J. 1581 (der Gregorianiſche Kalender). Aber die Römer zählten bekanntlich die Monatstage anders als wir, zurückrechnend von den Nonae und Idus des Monats (d. i. dem 7., beziehungsweiſe 15. im März, Mai, Juli und October, dem 5., beziehungsweiſe 13. in den übrigen Monaten), ſodann den Kalendae, d. i. dem 1. des folgenden Monats, z. B. ante diem XVII.

[a] Censorin. cap. 20. 22. 23. [b] L. 8. D. de feriis. 2. 12. cf. Gell. III. 2. [c] L. 2. D. de div. temp. 44. 3. [d] L. 2. cit. L. 98. D. de V. S. L. 3. §. 3. D. de minor. 4. 4. cap. 14. X. de V. S. 5. 40. [e] L. 51. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 4. §. 5. D. de statulib. 40. 7. L. 134. D. de V. S. [f] L. 11. §. 6. L. 29. §. 5. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5. L. 1. §. 10. D. ad Sc. Turpill. 48. 16. L. 22. §. 1. 2. 11. Cod. de iure delib. 6. 30. Nov. 115. cap. 2. cf. Paull. sentt. IV. 9. §. 5. L. 28. 31. §. 22. D. de aedil. ed. 21. 1.

Kal. Jan. d. i. der 16. Dec., indem gerechnet wird 1) Kal. Jan. 2) pridie Kal. Jan., d. i. 31. Dec. 3) III. ante Kal. Jan., d. i. 30. Dec. u. ſ. w.

[3] Den Tag theilten auch die Römer in 24 Stunden ein, aber in 12 Stunden des Tages von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang (horae diei, lucis, dies naturalis) und 12 Stunden der Nacht von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang (horae noctis). Das Ende der hora sexta noctis war Mitternacht. Die Stunden waren alſo Zeitabſchnitte von wandelbarer Größe (je nach den Jahreszeiten).

[4] Nach dem Jul. Kalender war das Sonnenjahr angenommen zu 365¼ Tagen; daher alle vier Jahre ein Schalttag. Es beträgt aber genau 365 T. 5 St. 48′ 48″; daher wird nach dem Gregor. Kalender in 400 Jahren dreimal die Einſchaltung unterlaſſen; die überzähligen Tage wurden im Jahre 1581 ausgelaſſen. Nach römiſchem Kalender iſt der 24. Februar eines gemeinen Jahres der dies sextus ante Kalendas Martias, der 23. Februar dies septimus. Zwiſchen dieſen beiden wird im Schaltjahr ein Tag eingeſchaltet, ohne die Zählung der Tage zu ändern. Beide Tage, der 24. und 25. Februar des Schaltjahrs, heißen nun bissexti, zuſammen bissextum, und zwar der 25. bissextus prior, der 24. bissextus posterior, und von dieſen beiden Tagen gilt die Regel: id biduum pro uno die habetur. L. 98. pr. D. de V. S. — L. 3. §. 3. D. de minor. Si bissexto natus est sive priore sive posteriore die, Celsus scripsit nihil referre; nam id biduum pro uno die habetur et posterior dies Kalendarum intercalatur. L. 2. D. 44. 3. In tempore constituto iudicatis an intercalaris dies proficere iudicato necne debeat, quaeritur; item de tempore, quo lis perit. Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur, veluti si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet, aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aediliciae pleraeque actiones; et (l. setet) si quis fundum ea lege vendiderit, ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet tempori (Vulg. *emptori*); (beſſer ein?) mihi contra videtur. — Vor Caeſar wurde von Zeit zu Zeit ein ganzer Monat eingeſchaltet, mensis intercalaris. Darauf bezieht ſich L. 98 §. 1. D. de V. S. — Sav. §. 192 ... 194.

[5] Der Beſtimmung der Monatsfriſt auf 30 Tage ſcheint entgegen zu ſeyn L. 101. D. de R. J. Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus erit; ita enim et Imp. Antoninus cum divo patre suo rescripsit. Sav. S. 392 ... 398. Puchta §. 74. not. d. §. 75. not. e. — Emendationen: *sexagesimo die*, vgl. Eustathius cap. 14. ed. Zachar. p. 149. not. 3.; *sexagesimo et prēmo* (d. i. *postremo*) *die*, Huſchke in Linde's Ztſchr. n. F. II. S. 166 ... 180. — Nicht entgegen ſteht L. 5. pr. Cod. de temp. app. 7. 63. „aliis trium mensium spatiis, id est nonaginta et tribus diebus," vgl. L. 2. ibid., noch auch L. 12. D. de statu hom. 1. 5. L. 3. §. 12. D. de legit. 38. 16. septimo mense = centesimo octogesimo secundo die natus. (§. 39.). Auf dieſe Stelle und L. 101. cit. gründet eine andere Monatsrechnung Schraber Abh. II. 3., nämlich ein Monat = 1/12, 2 Monate = 1/6, 6 Monate = 1/2 von 365 Tagen, nur mit Beſeitigung

der Bruchtheile. — Uebrigens vgl. noch RA. von 1548: „in 6 Monaten, einen jeden Monat für 4 Wochen zu rechnen". Ueber die Rechnung von Monatstag zu Monatstag: L. 2. Th. Cod. de decurion. 12. 1. „utrum ex numero dierum an ex nominatione Kalendarum computari duorum mensium spatia debeant?" Im heutigen Rechtsverkehr ist diese Rechnung, z. B. „vom 12 Jan. bis zum 12. März", sehr gewöhnlich; z. B. Preuß. Landr. II. 8. §. 855. vgl. I. 9. §. 550. Code de commerce art. 132. Deutsche Wechselordnung §. 32. Sav. S. 341 ... 344.

3) Berechnung von Zeiträumen.

§. 89.

a) Civilcomputation [1].

Der Anfang eines Zeitraums, an dessen Ablauf sich eine juristische Wirkung knüpft, wird regelmäßig bezeichnet durch eine Thatsache, z. B. Geburt, Besitzerwerbung, welche in den Umfang eines Kalendertags fällt. Nach genauer Berechnung müßte demnach als Endpunkt eines nach Tagen oder größeren Zeitabschnitten bestimmten Zeitraums der jenem Anfangspunkte entsprechende Moment im Laufe eines andern Kalendertages, des letzten, der noch als Theil jenes Zeitraums in Betracht kommen kann, angenommen werden. Eine solche genaue Zeitberechnung nennen die Römer ad momenta oder a momento in momentum tempus computare, die Neueren Naturalcomputation. Sie wird aber im römischen Recht nur ausnahmweise angewendet und ist keineswegs als Regel anzusehen [2]. Regelmäßig wird vielmehr ein Zeitraum nur nach ganzen Kalendertagen gerechnet. Dieß heißt ad dies numerare, civiliter tempus computare, daher Civilcomputation. Dabei wird regelmäßig derjenige Tag, in welchen der eigentliche Anfangspunkt des Zeitraums fällt, als der erste angerechnet, wornach denn der letzte Tag (novissimus, postremus oder extremus dies) durch die Zählung sich ergibt [3]. Was aber diesen letzten Tag betrifft, so ist zu unterscheiden, ob der Erwerb eines Rechts oder einer Fähigkeit als Folge eines eine gewisse Zeit hindurch dauernden Zustandes in Frage steht, oder der Verlust eines Rechts als Folge einer so langen Versäumniß [4]. Im ersten Falle genügt es, wenn jener Zustand nur auch an dem letzten Tage noch bestanden hat, wenn also dieser Tag nur erreicht worden ist (dies coeptus pro completo habetur); im letzten Fall wird vorausgesetzt, daß auch der letzte Tag noch versäumt worden, dieser also ganz abgelaufen sey [5].

Anm. [1] Ueber dieſe ſehr ſtreitige Lehre ſind zu vergleichen: Koch Belehrungen über die Mündigkeit zum Teſtiren. Gießen 1796. Hagemeiſter eben darüber, im civ. Mag. III. 1. Koch Beſtätigung der Bel. 1798. Gmelin a. a. O. (§. 88. Anm. 1.) Erb über den annus civilis im civ. Mag. V. 8. Löhr über civ. comp. im civ. Arch. XI. 18. Unterholzner Verjährungsl. I. §. 90. Reinfelder der annus civilis. Stuttgart 1829. Bang. §. 296. Sav. §. 182 ... 188. Puchta Curſ. der Inſtitut. II. §. 199. Bachofen in Linde's Ztſchr. XVIII. 2. 11. Huſchke a. a. O. (§. 88. Anm. 5.)

[2] L. 3. §. 3. D. de min. 4. 4. Minorem autem XXV. annis natu videndum an etiam die natalis sui adhuc dicimus ante horam qua natus est, ut, si captus sit, restituatur. Et cum nondum compleverit, ita erit dicendum, ut a momento in momentum tempus spectetur. Man zählt dahin auch noch, obwohl ohne genügenden Grund, die Appellationsfriſt nach Nov. 23. cap. 1.: „intra decem dierum spatium a recitatione sententiae numerandum.“

[3] Vgl. Anm. 4. g. L. 1. §. 5. 12. D. quando app. 49. 4. Bachofen S. 45. fg. Huſchke S. 165 mit Sav. S. 361 fg. Beil XI. S. 602 ... 616. Puchta §. 75. not. e.

[4] Die entſcheidenden Stellen ſind folgende: a) L. 5. D. qui testam. fac. 28. 1. A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propone aliquem Kalendis Januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere; plus arbitror, etiam si pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum; jam enim complesse videtur quartum decimum annum. b) L. 1. D. de manumiss. 40. 1. Placuit eum, qui Kalendis Januariis natus post sextam noctis pridie Kalendas quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere; .... iam autem minor (XX annis) non est, qui diem supremum agit anni vicesimi. c) L. 132. pr. L. 134. D. de V. S. Anniculus amittitur, qui extremo anni die moritur..... Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo et quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia annum civiliter, non ad momenta temporum sed ad dies numeramus. cf. L. 12. §. 5. D. de Publ. act. 6. 2. d) L. 15. pr. D. de div. temp. 44. 3. In usucapione ita servatur, ut etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus L. 6. 7. D. de usurp. 41. 3. In usucapionibus non a momento ad momentum sed totum postremum diem computamus; .... ideoque qui hora sexta diei Kalendarum Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kalendas Januarias implet usucapionem. e) Gell. noct. Att. III. 2. Q. quoque Mucium dicere solitum legi, lege non isse usurpatum mulierem, quae Kalendis Januariis apud virum causa matrimonii esse coepisset, et

ante diem quartum Kalendas Januarias sequentes usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex XII. tabulis deberet: quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis. cf. Macrob. Sat. I. 3. f) L. 6. D. de O. et A. 44. 7. In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem (Vulg. *non finitur obligatio*). g) L. 101. D. de R. J. (§. 88. Anm. 5.) L. 1. §. 9. D. de succ. ed. 38. 9. Quod dicimus intra dies centum bonorum possessionem peti posse, ita intelligendum est, ut et ipso die centesimo bonorum possessio peti possit. L. 30. §. 1. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5. Sexaginta dies a divortio numerantur, in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est.

[b] Z. B. Eine Zeitfriſt von mehreren Jahren beginnt am 1. Jan. Mittags; dann iſt der letzte Tag der 31. Dec. eines andern Jahres; die Friſt iſt vollendet, bei der Erſitzung mit dem Beginn des 31. Dec., bei der Klagenverjährung mit dem Ablauf dieſes Tages. Hiermit ſtimmen im Weſentlichen überein Bang., Puchta, Huſchke, und jetzt auch Böcking; jedoch nimmt Puchta §. 75. not. e. für die Fälle der zweiten Art den 2. Januar als erſten Tag an (Anm. 3), Huſchke aber S. 171 fg. führt noch aus, daß, wenn bei demſelben Rechtsverhältniſſe eine Friſt zugleich für die Dauer der Ausübung des Rechts des einen und für den Erwerb desſelben Rechts durch einen andern feſtgeſetzt iſt, für den letzten zwar die Regel gelte: dies ultimus coeptus pro completo habetur, zugleich aber dem erſten noch der ganze letzte Tag zu Gebote ſtehe, um ſein Recht geltend zu machen durch usurpatio. arg.; die Stellen in Anm. 5. d. und e.; dagegen Bang. 6. Aufl. §. 196. — Abweichende Anſichten: a) die Civilcomputation beſtehe weſentlich darin, daß jeder Kalendertag als ungetheilte Einheit gelte, alſo in obigem Beiſpiel der 1. Jan. als erſter ganzer Tag gerechnet und der 31. Dec. nach ſeinem Beginn ſofort als vollendet angeſehen werde (Reinfelder, vgl. auch Böcking Inſt. §. 122, Koch, Hagemeiſter, Löhr, dagegen aber jetzt Böcking Inſt. 2. Aufl. §. 122. Pand. I. §. 127.); b) regelmäßig endige die Friſt erſt mit dem Ablauf des 31. Dec., nur ausnahmsweiſe ſchon mit deſſen Beginn (Erb, Bachofen); c) die Friſt endige immer in Fällen der erſten Art mit dem Beginn, in Fällen der zweiten Art mit dem Ablauf des 1. Jan., als desjenigen Kalendertages, in deſſen Umfang der mathematiſche Endpunkt derſelben fällt, d. i. nach dieſer Anſicht, des dies novissimus oder extremus (Savigny, zum Theil übereinſtimmend Unterholzner).

[c] Nicht hieher gehören L. 5. 8. 22. D. de annuis legat. 33. 1., und eine ganz ſinguläre Beſtimmung enthält L. 8. D. de muner. 50. 4. Ad rempublicam administrandam ante XXV. annum .... admitti minores non oportet. .... Annus autem vicesimus quintus coeptus pro pleno habetur.

§. 90.

b) Utile tempus.

Ein Zeitraum wird regelmäßig als eine ununterbrochene Reihe

von Zeittheilen gedacht (tempus continuum) [a]. In gewissen Fällen aber, wo die wirksame Vornahme einer gerichtlichen Handlung durch Rechtsvorschrift auf eine gewisse Zeitfrist (höchstens von einem Jahre) eingeschränkt ist, werden nur die dazu geeigneten Tage, dies utiles, gezählt; diejenigen Tage, an welchen man jene Handlung nicht vornehmen konnte, kommen nicht als versäumte in Anrechnung [b]. Daher utile tempus, z. B. annus utilis, sex menses utiles, centum dies utiles [c]. Die Hindernisse, welche dabei in Betracht kommen, können liegen 1) in der Unzugänglichkeit des Gerichts an einzelnen Tagen, zur Vollziehung der erforderlichen Handlung [d]; 2) in der Abwesenheit einer andern Person, deren Anwesenheit erforderlich ist [e]; 3) in einer persönlichen Hinderung desjenigen, welcher die Handlung vorzunehmen hätte, als Abwesenheit, Krankheit [f], auch wohl, aber keineswegs in allen Fällen, Unkenntniß der thatsächlichen Verhältnisse [g]. Etwas anderes ist es, daß in manchen Fällen der Anfang einer alsdann continuo laufenden Zeitfrist durch Unkenntniß hinausgeschoben wird [h].

Anm. Unpassend und verwirrend ist die moderne Unterscheidung von a) tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus; b) tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus; c) tempus utile ratione initii et cursus; d) tempus continuum utraque ratione. Vgl. Sav. §. 189...191. und Bd. III. S. 410...417. — Die neuerlich von Elvers Themis I. S. 125...184 aufgestellte Ansicht, daß der annus utilis auf das Amtsjahr des Prätors zu beziehen sey, ist widerlegt von Arndts in Linde's Ztschr. XIV. S. 1...32. Vgl. Sav. IV. S. 451...453.

§. 91.

4) Unvordenkliche Zeit.

Wenn ein Recht so lange ausgeübt worden ist, daß der Anfang dieser Ausübung über Menschengedenken hinausliegt, so wird angenommen, daß dasselbe irgend wann und wie, es sey durch

[a] L. 31. §. 1. D. de usurp. et usucap. 41. 3. L. 8. Cod. de dolo. 2. 21. L. 7. Cod. de temp. i. i. r. 2. 53. [b] L. 2. D. quis ordo. 38. 15. L. 1. D. de div. temp. 44. 3. [c] L. 2. cit. L. 1. §. 9. 12. D. de succ. ed. 38. 9. L. 19. §. 6. de aedil. ed. 21. 1. L. 7. 8. Cod. citt. [d] L. 2. cit. §. 1. 2. L. 1. in f. D. de div. temp. [e] L. 1. cit. initio. cf. L. 1. §. 7...10. D. quando app. 49. 4. — L. 1. §. 1. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [f] L. 1. D. cit. L. 2. cit. §. 3. cf. L. 1. D. de b. p. fur. 37. 3. L. 7. §. 1. 2. D. de bon. poss. 37. 1. L. 2. Cod. si ut om. her. 2. 40. [g] L. 2. pr. D. quis ordo. cf. Gai. II. 165. 171...173. L. 1. D. de calumniat. 3. 6. L. 15. §. 4. 5. D. quod vi. 43. 24. L. 19. §. 6. L. 55. D. de aed. ed. 21. 1. L. 2. Cod. de aed. act. 4. 58. L. 8. Cod. de dolo. 2. 21. [h] §. 16. J. de excusat. 1. 25. L. 1. §. 15. D. quando app. 49. 4. L. 19. 22. Cod. de iure delib. 6. 30.

beſondere Verleihung (lex specialis) oder auf andere Art, rechtsgültig erworben worden ſey. Die Unvordenklichkeit der Rechtsausübung erſetzt den ſonſt erforderlichen Beweis des Rechtserwerbes. Dieß iſt die ſogenannte unvordenkliche Verjährung, praescriptio immemorialis oder indefinita. Sie kommt ſchon im römiſchen Recht unter dem Namen vetustas in einzelnen Anwendungen vor [a], ſodann im canoniſchen Recht [b], und in deutſchen Reichsgeſetzen [c], und iſt in der Praxis bei allen Arten von Rechten anerkannt, ſofern ihrer Natur nach eine fortgeſetzte Ausübung derſelben ſeit unvordenklicher Zeit möglich iſt und nicht eine in beſtimmter Zeit vollendete Verjährung (ſog. praescriptio definita) die Berufung darauf entbehrlich macht. Zur Unvordenklichkeit eines thatſächlichen Zuſtandes wird vorausgeſetzt, daß Niemand, weder aus eigener Wahrnehmung noch aus Mittheilung der Vorfahren, über den Anfang deſſelben Auskunft zu geben vermöge [d]. Zum Beweiſe derſelben dient vorzüglich die Ausſage von Zeugen, deren Erinnerung ein ganzes Menſchenalter, d. i. wenigſtens vierzig Jahre [e], umfaßt, wodurch bezeugt wird, nicht nur, daß während dieſer Zeit der gegenwärtige Zuſtand immer vorhanden geweſen ſey, ſondern auch, daß ſie von älteren Perſonen niemals eine andere Kunde vernommen haben. Es können aber auch Urkunden zum Beweiſe dienen. Die Wirkung ſolcher Beweisführung wird jedoch zerſtört, wenn ein unrechtmäßiger Anfang des gegenwärtig noch fortdauernden Zuſtandes in irgend einer früheren Zeit bewieſen wird.

Anm. [1] Böhmer ius eccles. II. 26. §. 35 ... 45. Wernher obs. for. I. 4. obs. 5. Unterholzner Verjährungsl. I. §. 140 ... 150. Pfeiffer prakt. Ausf. II. S. 3 ... 147. Schelling die Lehre von der unvordenklichen Zeit. München 1835. Arndts Beiträge I. S. 126 ... 160. Sav. IV. S. 480 ... 536. A. Schmidt (von Ilmenau) civ. Abh. Jena 1841. S. 169 fg. Friedländer die Lehre von der unvordenkl. Zeit. Heidelb. 1843.

[2] Ueber die geſchichtliche Entwicklung dieſes Rechtsinſtituts ſ. beſonders Friedländer Abth. 1 ... 3. Buchka, der unvordenkliche Beſitz. Hdlb. 1841. Der letzte will daſſelbe nur aus dem deutſchen Recht herleiten. Dagegen Pfeiffer in Reyſchers u. Wilda's Ztſchr. für deutſches Recht. VIII. 1.

[a] L. 3. D. de locis et itin. publ. 43. 7. — L. 3. §. 4. D. de aqua quot. 43. 20. L. 26. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 7. Cod. de serv. et aqua. 3. 34. — L. 1. §. 23. L. 2. pr. §. 1. 3. 5. 7. 8. D. de aqua pluv. 39. 3. — cf. L. 28. D. de probat. 22. 3. [b] cap. 21. 26. X. de V. S. 5. 40. cap. 1. de V. S. in 6to 5. 12. cap. 1. de praescript. in 6to 2. 13. [c] Aurea bulla cap. 8. §. 1. cap. 28. §. 4. RA. v. 1548. §. 56. 59. 63. 64. RA. v. 1576. §. 102. 105. [d] L. 2. §. 8. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 28. D. de probat. [e] cap. 1. de praescript. in 6to. cf. L. 2. Th. Cod. de longi temp. praescript. 4. 13. L. 7. Cod. de fund. rei priv. 11. 65. L. 14. Cod. de fund. patrimon. 11. 61.

[3] Ueber das Weſen der unvord. Bj. und zwar a) ob ſie eine Erwerbart des Rechts ſey, analog der Erſitzung? Unterholzner, Pfeiffer a. a. O., dagegen beſonders Schelling, Arndts, Sav. §. 201. Vgl. Böhmer, Wernher l. c. (praesumtio iuris et de iure?). — L. 3. §. 4. D. 43. 20. Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur. L. 26. D. 39. 3. Scaevola respondit, solere eos, qui iuri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, etsi ius non probaretur. L. 1. §. 23. ibid. Denique ait .... si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam et semper inferiorem superiori servire; .... si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis obtinere. Sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi neque clam neque precario, habuisse longa consuetudine vel ex (*velut?*) iure impositam servitutem videatur. cap. 1. in 6to de V. S. „.... nisi tanti temporis allegetur praescriptio, cuius contrarii memoria non existat.“ — b) welchen Arten von Rechten die unvordenkliche Zeit zum Schutze diene? nur Rechten von publiciſtiſchem Charakter, beziehungsweiſe Befreiungen davon? Sav. S. 484. 509...514. Friedländer II. S. 67 fg. Dagegen Arndts S. 156 fg. Dollmann in Seuffert's Blättern für Rtsanw. VII. S. 339...341. Puchta §. 77. not. c. Seuffert's Arch. V. 250. VI. 144. c) ob die unvord. Zeit immer nur den Beweis eines Privilegiums, einer lex specialis, vertrete? Friedländer II. S. 63. Dagegen Arndts a. a. O.

[4] Ueber den Beweis der Unvordenklichkeit: L. 2. §. 8. D. de aqua pluv. Idem Labeo ait, quum quaeritur, an memoria extet facto opere, non diem et consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum, hoc est, si factum esse non ambigatur; nec utique necesse esse, superesse qui meminerint, verum etiam si qui audierint eos qui memoria tenuerint. — L. 28. D. de probat. Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria extet, hoc ei quaerendum est, an aliquis meminerit, id opus factum esse. Paulus: imo quum in arbitrio quaeritur, memoria facti operis extet necne, non hoc quaeritur, num aliquis meminerit, quo die aut quo consule factum sit, sed num hoc aliquo modo probari possit, quando id opus factum sit: et hoc ita, quod Graeci dicere solent, *ἐν πλάτει* enim potest hoc memoria non teneri; intra annum puta factum, quum interim nemo sit eorum, qui meminerit, quibus consulibus id viderit. Sed quum omnium haec est opinio, nec audiisse nec vidisse, quum id opus fieret, neque ex iis audiisse, qui vidissent aut audiissent; et hoc infinite susum versum accidet, quum memoria facti operis non extaret. cf. Basil. XXII. 1. l. 28. u. Schol. ad h. l. Heimb. vol. II. p. 480. Friedländer II. S. 70. 74. — Emendationen: *accidit, tum memoriam .... non extare.* Sav.; *ἐν πλάτει. potest enim*, oder *ἐν πλάτει. ἐν πλάτει enim potest hoc memoria hominum teneri .... accidet; tum mem.* etc. Puchta §. 77. not. d.; *et hoc ita (quod Graeci dicere solent): ἐν πλάτει, etenim potest hoc memoria teneri, nonum intra annum .... nemo sit coram, qui meminerit .... Sed .... nec vidisse se nec audisse, cum id*

opus fieret .... accidet: tum memoria operis facti non extabit. Huschke in Linde's Ztschr. n. F. S. 301 ... 305. — Vgl. Pufendorf obs. I. 151. II. 55. Pfeiffer §. 8 ... 18. Schelling S. 123 ... 146. Arndts S. 157 ... 160. Sav. S. 517 ... 527. 531 ... 535. Ueber den Eid als Beweismittel der Unvorbenklichkeit Pufend. II. 55. Sav. S. 524 fg. Dollmann a. a. O. S. 342 ... 344.

Fünftes Capitel.

Ausübung und Schutz der Rechte.

§. 92.

I. Ausübung der Rechte.

Ausübung eines Rechtes ist thatsächliche Aeußerung der Willensherrschaft, welche sich Jemand in Ansehung eines Gegenstandes beilegt, bestehend in Handlungen, zu welchen das Recht die Befugniß gibt. Gewisse Rechte, namentlich Forderungen, werden durch deren volle Ausübung selbst zerstört; andere, z. B. dingliche Rechte, sind von der Art, daß eine fortdauernde Ausübung derselben, ohne Erschöpfung ihres Inhalts, stattfindet. Die Ausübung des Rechts, ganz oder theilweise, steht im Belieben des Berechtigten [a]; nur hat fortgesetzte Nichtausübung häufig den Verlust des Rechts zur Folge (§. 87). Auch ist meistentheils [1] Ausübung durch Stellvertreter zulässig [b]. Die Ausübung des Rechts ist ungehindert, wenn sie auch Andern zum Nachtheil gereicht und dem Berechtigten selbst keinen Vortheil bringt [c]. Doch wird in manchen Verhältnissen [2] eine dem Berechtigten nutzlose, einem Andern schädliche Ausübung als unbillig oder unsittlich nicht gestattet [d]. Es ist aber möglich, daß verschiedene Rechte in der Art zusammentreffen, daß die Ausübung des einen durch die Ausübung des andern ganz oder zum Theil ausgeschlossen wird, Collision der Rechte [3]. Alsdann kann jeder sein Recht vollständig ausüben,

[a] L. 156. pr. §. 4. D. de R. J. cf. L. 21. 213. ibid. Cod. ut nemo invitus agere cogatur. 3. 7. [b] cap. 68. in 6to de R. J. [c] L. 55. 151. 155. §. 1. D. de R. J. L. 26. D. de damno inf. 39. 2. L. 9. D. de s. p. u. 8. 2. [d] L. 38. D. de rei vind. 6. 1. L. 1. §. 5. L. 2. §. 5. 9. D. de aqua pluv. 39. 3. cf. §. 2. J. de his qui sui v. al. iur. 1. 8.

ſoweit es ihm thatſächlich möglich iſt; daher wird derjenige, dem der Andre zuvorgekommen iſt, in der Ausübung ſeines Rechts gehindert [e]; ſonſt kann jeder nur beſchränkt durch die Mitausübung des andern ſein Recht ausüben [f]; in manchen Fällen muß das Loos entſcheiden [g]. Wenn dagegen Jemand unbefugt die Ausübung eines Rechts ſich anmaßt, oder einen andern darin beeinträchtigt, ſo iſt eine Rechtsverletzung vorhanden, gegen welche dieſem Schutz zu gewähren iſt.

Anm. [1] Zu allgemein ſagt cap. 68. not. b. cit. Potest quis per alium quod potest facere per se ipsum.

[2] L. 38. D. 6. 1. Neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. Aber die Regel iſt: qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam; falſch der Satz: quod mihi prodest et tibi non nocet, ad id potes compelli. Wächter Hdb. II. S. 194.

[3] Darüber vgl. Thibaut Verſ. II. 14. Kierulff I. S. 230...240. Böcking Inſt. I. §. 128. Keine wahre Colliſion der Rechte iſt es: a) wenn ein Recht durch ſein Beſtehen die Entſtehung eines andern hindert, indem nicht beide zugleich begründet ſeyn können; b) wenn es nur zweifelhaft iſt, welcher von mehreren Perſonen ein ausſchließendes Recht zuſtehe; oder c) für das eine Recht die thatſächlichen Vorausſetzungen ſeiner Exiſtenz und Wirkſamkeit nicht gegeben ſind; oder d) die gleichzeitig begründeten Rechte nicht von gleicher Stärke ſind, oder das eine zum andern im Verhältniß einer Ausnahme oder Beſchränkung ſteht; oder e) die Rechte in ihrem Inhalt nicht wirklich zuſammentreffen. — Privilegiatus contra aeque privilegiatum iure suo non utitur?

§. 93.

II. Sicherung der Rechte.

Die Möglichkeit einer Verletzung gibt Anlaß zu beſondern juriſtiſchen Maßregeln, um die künftige Anerkennung von Rechtsanſprüchen und Erfüllung der entſprechenden Verbindlichkeiten zu ſichern, Cautionen im weitern Sinn. Zu dieſem Zweck können

1) Privatrechtsgeſchäfte dienen, Cautionen im eigentlichen Sinn [a], welche entweder nur eine größere Sicherheit rückſichtlich der rechtlichen Begründung und Anerkennung eines Rechtsanſpruchs gewähren, Verbalcautionen, oder zugleich auch ſichernde Mittel der

[e] L. 6. §. 7. L. 24. D. quae in fraud. cred. 42. 8. L. 10. D. de pign. 20. 1. L. 5. in f. D. commod. 13. 6. [f] L. 6. §. 7. cit. [g] §. 23. J. de legat. 2. 20. L. 14. D. de iud. 5. 1. L. 5. D. fam. erc. 10. 2. L. 24. §. 17. D. de fid. libert. 40. 7.

[a] Dig. de stipulationibus praetoriis. 46. 5. et sqq. 6...8. cf. Inst. de divisione stip. 3. 18. D. qui satisdare cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur. 2. 8. Inst. de satisdationibus 4. 11. Cod. de satisdando. 2. 57.

Verwirklichung deſſelben darbieten, Realcautionen. Das erſte kann geſchehen entweder a) durch bloßen Vertrag, repromissio von Seiten des Verpflichteten [b], daher promiſſoriſche Caution, nach römiſchem Recht in Stipulationsform, woraus denn eine neue Klage (actio ex stipulatu) hervorgeht, etwa verbunden mit einer den Beweis erleichternden Urkunde, ebenfalls cautio genannt, cautio exposita [c], oder b) durch eidlich beſtärktes Verſprechen, welches den Verpflichteten wenigſtens im Gewiſſen ſtärker bindet, cautio iuratoria [d]. Das andere kann geſchehen entweder α) durch Bürgſchaft; wodurch dem Berechtigten die Möglichkeit gegeben wird, nöthigenfalls noch andere Perſonen, als den eigentlich Verpflichteten, wegen Befriedigung ſeiner Anſprüche, zu belangen, cautio fideiussoria, satisdatio [e], oder β) durch Pfandrechte, vermöge deren ihm der Werth beſtimmter Sachen für ſeine Befriedigung Sicherheit gibt, cautio pigneratitia [f]. Auch kann γ) einer befürchteten Verletzung vorgebeugt werden durch Hinterlegung eines Gegenſtandes bei einem Nichtbetheiligten, apud sequestrem, daher Sequeſtration [g]. Die Verbindlichkeit zur Cautionsleiſtung aber kann entweder durch Privatwillen, Vertrag oder letztwillige Verfügung, begründet ſeyn, cautio voluntaria, oder durch Rechtsvorſchrift [i], cautio necessaria [h]. Die Art der zu leiſtenden Caution beſtimmt ſich durch die Auslegung der betreffenden Beſtimmung [i]; manche Perſonen ſind aber in dieſer Beziehung geſetzlich begünſtigt [2].

2) Richterliche Verfügungen, und zwar a) missio in possessionem, Immiſſion, Beſitzeinweiſung, d. i. ein richterliches Decret, wodurch Jemand ermächtigt wird, zur Sicherung von Rechtsanſprüchen ſich in den Beſitz eines fremden Vermögens oder einzelner Vermögensgegenſtände zu ſetzen, missio in posessionem bonorum oder rei [k]. Der Immittirte hat ein Recht auf Detention des Gegenſtandes zum Zweck der Bewahrung und Beaufſichtigung [l], ſo lange der Grund der Immiſſion beſteht [3], und wird darin durch beſondere Rechtsmittel geſchützt [m]. b) Arreſt (Civilarreſt), d. i. eine richter-

[b] L. 1. §. 4...8. D. h. t. 46. 5. L. 2. §. 3. D. quod legat. 43. 3. [c] L. 25. §. 4. D. de probat. 22. 3. [d] §. 2. J. h. t. 4. 11. [e] L. 1. D. h. t. 2. 8. L. 7. D. h. t. 46. 5. cf. L. 61. 188. §. 1. D. de V. S. [f] L. 4. §. 8. D. de fid. libert. 40. 5. L. 1. §. 9. D. de collat. 37. 6. [g] L. 7. §. 1. D. h. t. 2. 8. [i] L. 3. Cod. de V. S. 6. 38. L. 4. §. 8. D. cit. cf. not. e. [h] Dig. quibus ex causis in possessionem eatur. 42. 4. cf. L. 4. D. de iurisd. 2. 1. X. de eo qui mittitur in possessionem causa rei servandae. 2. 15. in 6to 2. 7. [l] L. 12. D. h. t. L. 10. §. 1. D. de poss. 41. 2. [m] Dig. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. 43. 4.

liche Verfügung, wodurch Jemand zur Sicherung von Rechtsansprüchen eines Andern zeitweise in seiner persönlichen Freiheit oder in der Verfügung über Vermögensgegenstände beschränkt wird, Personal- oder Real-Arrest. Eine Art von Arrest ist die richterlich verfügte Sequestration [n], sequestratio necessaria.

Anm. [1] Hierauf beziehen sich folgende Unterscheidungen: pr. J. h. t. 3. 18. Stipulationum aliae sunt iudiciales aliae praetoriae, aliae conventionales: aliae communes tam praetoriae quam iudiciales. §. 1. Judiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur, veluti de dolo cautio .... §. 2. Praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti vel legatorum: praetorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam aedilicias; nam et hae a iurisdictione veniunt. §. 3. Conventionales sunt, quae ex conventione utriusque partis concipiuntur, id est, neque iussu iudicis neque iussu praetoris, sed ex conventione contrahentium .... §. 4. Communes stipulationes sunt, veluti: rem salvam fore pupilli (nam et praetor iubet rem salvam fore pupilli caveri, et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest) vel de rato stipulatio. — L. 1. pr. D. h. t. 46. 5. Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, iudiciales, cautionales, communes. §. 1. Judiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat, ut iudicatum solvi, et ex operis novi nuntiatione. §. 2. Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent, et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam rem haberi, et damni infecti. §. 3. Communes sunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa. §. 4. Et sciendum est, omnes stipulationes natura sui cautionales esse; hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione. Vgl. Schlayer, v. d. Cautionen im Civilprozesse, in Linde's Ztschr. n. F. IX. 1. 7. 10. Schirmer über die praetor. Judicialstipulationen, mit besonderer Berücksichtigung der cautio iudicatum solvi, eine rechtshistorische Abhandlung, Greifswalde 1853.

[2] Der Fiscus und Stadtgemeinden (respublicae) brauchen bei gesetzlicher Cautionspflicht nur promissorische Caution zu leisten, wo sonst Realcaution gefordert wird. L. 1. §. 18. L. 6. §. 1. D. ut legat. serv. 36. 3. L. 3. §. 5. D. si cui plus. 35. 3. cf. L. 2. §. 1. D. de fundo dot. 23. 1. „fiscus semper idoneus successor et solvendo." Bei Proceßcautionen wird bloß juratorische Caution statt der realen gestattet solchen Personen, welche die letzte nicht zu leisten vermögen, nov. 112. cap. 2. (jedoch wird hier ein beweglicher Streitgegenstand sequestirt, L. 7. §. 2. D. h. t. 2. 8.); ferner dem Besitzer eines hinlänglichen unbeweglichen Gutes, wenn auch nur zu emphyteutischem Recht, L. 15. D. l. c. L. 26. §. 6. Cod. de episcop. aud. 1. 4. L. 4. §. 1. Cod. de sportulis. 3. 2., nach der Praxis auch wohl den Besitzern gewisser Sachgesammtheiten;

[n] L. 7. in f. D. qui satisd. 2. 8. L. 22. §. 8. D. soluto matr. 24. 3. L. 3. §. 6. D. de lib. exhib. 34. 30. L. 21. §. 3. D. de appellat. 49. 1. cf. L. un. Cod. de prohibita sequestr. pecum. 4. 4. X. de sequestratione possessionis et fructuum. 2. 17. Clem. 2. 6.

und nach römiſchem Recht den personae illustres und gewiſſen hohen Beamten, L. 17. Cod. de dignitat. 12. 1. L. 12. pr. Cod. de prox. scrin. 12. 19. L. 3. §. 3. Cod. de priv. schol. 12. 30.

[a] In einem Falle (damni infecti nomine) kann eine zweite Immiſſion (ex secundo decreto) erfolgen, mit ſtärkeren Wirkungen, L. 7. pr. L. 15. §. 16. sqq. D. de damno inf. 39. 2. Unpaſſender Weiſe iſt dieß auch auf andere Fälle angewendet worden. Vgl. überhaupt Bachofen röm. Pfandr. I. S. 281 ... 480.

§. 94.

III. Selbſthülfe.

Sein gutes Recht darf man gegen Verletzung auch durch eigene Macht ſchützen [a], ſofern dieſe nicht durch Rechtsvorſchrift beſchränkt iſt und an ſich rechtswidriger Handlungen ſich enthält. Selbſt Gewalt anzuwenden iſt erlaubt zur Abwehr einer verſuchten rechtswidrigen Aenderung beſtehender Verhältniſſe [b], ſofern jene nur in den Schranken der Vertheidigung gegen drohendes Unrecht bleibt, d. i. Nothwehr, moderamen inculpatae tutelae [c]. Unerlaubt aber iſt es, zur Befriedigung einer Forderung Sachen des Schuldners ohne deſſen Willen und ohne richterliche Ermächtigung in Beſitz zu nehmen; ſolche Eigenmacht ſoll nach einem decretum divi Marci [d] die Forderung ſelbſt vernichten, und dasſelbe iſt auch angenommen, wenn der Gläubiger den Schuldner zwingt, ihm etwas zu geben [e], oder zu jenem Zweck der Sache eines Dritten ſich bemächtigt [f] oder der Kinder des Schuldners [g]. Nach einem andern Geſetz ſoll, wer ſich eigenmächtig in den Beſitz einer bisher von einem Andern beſeſſenen Sache ſetzt, um ſein Recht an derſelben geltend zu machen, dieſes Rechtes zum Vortheil des Andern verluſtig ſeyn, und, wenn er kein Recht hatte, nebſt der Sache ſelbſt auch noch deren Werth an dieſen herausgeben [h]. Eine Ausnahme jedoch erleiden dieſe Beſtimmungen, wenn die Eigenmacht wegen Unzulänglichkeit der richterlichen Hülfe angewendet wurde, um einen ſonſt drohenden unwiederbringlichen Verluſt abzuwenden [i].

[a] L. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [b] L. 1. 4. L. 3. D. de iust. et iure. 1. 1. L. 4. pr. 5. 45. §. 4. L. 52. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 1. §. 27. 28. L. 3. §. 9. L. 17. D. de vi. 43. 16. L. 1. Cod. quando liceat sine iudice vindicare se. 3. 27. [c] L. 1. Cod. unde vi. 8. 4. cap. 18. X. de homicid. 5. 12. [d] L. 7. D. ad leg. Jul. de vi priv. 48. 7. L. 13. D. quod. met. c. 4. 2. [e] L. 12. §. 2. L. 13. D. l. c. 4. 2. [f] nov. 52. cap. 1. [g] nov. 134. cap. 7. [h] L. 7. Cod. unde vi. 8. 4. (a. p. Chr. 389). §. 1. J. vi bon. rapt. 4. 2. §. 6. J. de interd. 4. 15. cf. L. 10. Cod. 1. c. cap. 18. de praebend. in 6to. 3. 4. KGO. v. 1521. Tit. 32. §. 2. RA. v. 1532. Tit. 3. §. 15. [i] L. 10. §. 16. D. quae in fraud. cred. 42. 8.

Anm. [1] Ueber das Princip dieser Lehre: ob die Selbsthülfe als solche a priori, also der Regel nach, als Unrecht zu betrachten? Linde Zeitschr. I. 21. Dagegen Bensey im Rh. Mus. VII. 1. Vgl. Puchta Vorles. I. S. 165. „Das Princip — Eigenmacht und Selbsthülfe seyen an sich schon etwas Widerrechtliches —.... ist ein modernes Princip, dem System des Zuvielregierens und Bevormundens entstanden, dem wir am wenigsten im Privatrecht freien Spielraum geben dürfen."

[2] Das decretum D. Marci findet sich zweimal in Justinians Digesten, beidemal derselben Schrift entnommen (Callistrat. lib. V. cognit.), aber dennoch in verschiedener Fassung, also einmal sicher interpolirt. L. 7. D. 48. 7. Creditores si adversus debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent. Alioquin si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, Divus Marcus decrevit, ius crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt: *Optimum est, ut, si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris; interim ille in possessione debet morari, tu petitor es;* et quum Marcianus diceret: *vim nullam feci,* Caesar dixit: *tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit; non puto autem nec verecundiae nec dignitati tuae convenire, quidquam non iure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit.* — L. 12. §. 2. D. 4. 2. (Ulpian ad Ed.) Julianus ait eum, qui vim adhibuit debitori suo, ut ei solveret, hoc edicto non teneri, propter naturam metus causa actionis, quae damnum exigit; quamvis negari non possit, in legem Juliam eum de vi incidisse et ius crediti amisisse. L. 13. ibid. (Callistrat.) Extat enim decretum D. Marci in haec verba: *Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris.* Quum Marcianus diceret: *vim nullam feci,* Caesar dixit: *tu vim putas solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris vel pecuniam debitam, non ab ipso sibi sponte datam, sine ullo iudice temere possidere vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit.* Vgl. Linde und Bensey a. a. O. Sartorius in Linde's Zeitschr. XX. 1. Mit Unrecht wird behauptet, daß das Decret sich nur auf bewegliche Sachen beziehe (Linde), daß es nicht auf den Schuldgegenstand selbst sich beziehe und nicht auf eine obligatio ex delicto anwendbar sey (Sartorius), daß der Verlust der Forderung nur per exceptionem eintrete (derselbe), und daß eine naturalis obligatio bestehen bleibe (derselbe und Bensey). Ohne praktisches Interesse ist der Streit, ob dasselbe auch Anwendung finde auf denjenigen, der nur glaubte eine Forderung zu haben, was Sart. mit untriftigen Gründen darzuthun sucht. Ueber Anwendung des Decrets bei zweiseitigen Obligationen vgl. Burchardi im civ. Arch. XVIII. 16. — Für die heutige gemeinrechtliche Anwendbarkeit dieser Privatstrafen: Linde S. 431. fg. Bang. §. 133. a. E. vgl. not. h. a. E. Dagegen: Schäffers Arch. I. S. 20. not. 13. „Ein Präjudiz des O.-A.-Gerichts zu

Darmstadt spricht aus: Die Privatstrafen, mit welchen das decretum D. Marci und die spätern hierauf Bezug habenden römischen Gesetze die Selbsthülfe bedrohen, finden bei uns keine Anwendung"; vgl. bayr. Strafgesetzbuch Anm. zu Art. 420. Seuffert's Arch. I. 220.

IV. Gerichtliche Geltendmachung der Rechte.

§. 95.

Der regelmäßige Weg, auf welchem Rechte gegen Bestreitung und Verletzung Anderer geltend zu machen sind, ist Anrufung der richterlichen Gewalt des Staates, der Rechtsweg. Diese hat zunächst über das Daseyn eines Rechts, sofern es streitig ist, zu entscheiden, und alsdann erforderlichen Falls auch durch Zwang Achtung dem anerkannten Rechte und Erfüllung der entsprechenden Verbindlichkeit zu erwirken. Dieß ist die Aufgabe der bürgerlichen Rechtspflege. Die Thätigkeit der richterlichen Gewalt in dieser Sphäre muß aber angeregt werden durch Anrufung ihres Beistandes von Seite desjenigen, welcher in einem Rechte sich verletzt glaubt (Klage); worauf denn auch die Einwendungen der Gegenpartei zu vernehmen und durch weitere Verhandlung die Streitpunkte festzustellen sind (Einrede, Replik u. s. w.). Alsdann muß die Wahrheit der behaupteten, aber noch streitigen Thatsachen, aus denen Recht oder Unrecht der Parteien sich ergibt, dargethan werden (Beweisführung), worauf dann die richterliche Entscheidung, das Urtheil, erfolgt. Die Darstellung dieses ganzen rechtlich geordneten Verfahrens bildet den Gegenstand einer besondern Rechtslehre, des Civilproceßrechts. Aber die Streitigkeit der Rechte und die Möglichkeit gerichtlicher Geltendmachung derselben, sowie das dadurch herbeigeführte gerichtliche Verfahren hat auf die Rechte selbst wichtigen Einfluß, und insofern ist die Lehre davon zugleich eine civilrechtliche.

A. Von Klagen und Einreden [1].

§. 96.

1) Begriff und Voraussetzungen der Klagen [a].

Das Wort „Klage", actio, bezeichnet zunächst die Handlung einer Partei, wodurch die richterliche Hülfe zur Geltendmachung

[a] Just. de actionibus. 4. 6. cf. Gai. IV. 1. et sqq., Dig. de obligationibus et actionibus. 44. 7. Cod. 4. 10.

eines Rechts gegen einen bestimmten Gegner in Anspruch genommen wird, Klage im processualischen Sinn. Aber auch die Möglichkeit, ein Recht auf diesem Wege geltend zu machen, d. i. das Klagrecht, wird unter Klage, actio, verstanden [b], und dieß ist die civilrechtliche Bedeutung des Worts [2]. In diesem Sinne ist die Klage eine Zugabe des Rechts, auf welches sie sich bezieht [3]; die Klagbarkeit ist eine wichtige Eigenschaft des Rechts, und vollkommen wirksam ist ein Recht nur, insofern mit demselben für den Fall der Verletzung eine Klage verbunden ist, es zu schützen [4]. Das Recht selbst ist der Grund der Klage; zu dieser aber wird zugleich wesentlich eine Beziehung zu einem bestimmten Gegner vorausgesetzt, welche den Anlaß gibt, gegen diesen den Beistand der richterlichen Gewalt zu suchen, eine Nichtanerkennung des Rechts oder Vorenthaltung desjenigen, was dem Berechtigten kraft desselben gebührt. Insofern ist jedes Klagrecht einem obligatorischen Rechtsverhältnisse verwandt, wenn gleich nicht jede Klage eine obligatorische Leistung des Gegners bezweckt.

Anm. [1] Vgl. J. H. Böhmer doctrina de actionibus, zuerst 1710, neueste Ausg. Frankf. 1787., W. H. Puchta, über die gerichtlichen Klagen, besonders in Streitigkeiten der Landeigenthümer, Gießen 1833. 1840., vorzüglich aber Sav. System Bd. V. und Wächter, Erörter. I. S. 1...125. Dazu in geschichtlicher Beziehung: Keller, der röm. Civilproceß §. 12. fgg. §. 87. fgg.

pr. J. h. t. Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur. cf. L. 178. §. 3. D. de V. S. Hoc verbum *debuit* omnem omnino actionem comprehendere intelligitur.

[2] Vgl. G. Hasse, über das Wesen der actio im Rh. Mus. VI. 1. 6.

[3] Dagegen Böcking Inst. §. 131. not. 1. „Unrichtig bezeichnet Puchta §. 81. (u. Arndts §. 96.) 'die Klage im materiellen Sinn' als 'das Annexum (Arndts: 'Zugabe') eines Rechts, einen Zusatz zu seinem Inhalt, nicht, wie Manche geglaubt haben, ein Recht für sich.' Die Klage ist im subj. S. als 'Klagerecht' das Recht selbst in seiner Bethätigung oder Thätigkeit, sich geltend zu machen, im obj. S. als 'Klageanstellung, Klagung' ist sie das Mittel zu jenem Zweck."

2) Arten der Klagen.

§. 97.

a) Dingliche und persönliche Klagen.

Nach Verschiedenheit des Rechts, welches der Klage zum Grunde liegt, ist sie entweder in personam actio, personalis

[b] pr. J. h. t. L. 51. D. h. t. cf. L. 37. pr. D. ibid. L. 178. §. 2. D. de V. S.

actio, perſönliche Klage, oder in rem actio, dingliche Klage [a]. Die erſte iſt die Klage, welche aus einer Obligatio entſpringt, einem Rechtsverhältniß, das an ſich ſchon zugleich die Perſon bezeichnet, gegen welche wegen Verletzung, d. i. hier wegen Nichterfüllung der Obligatio, die Klage ſich richtet. Klagen, welchen ein anderes Recht zum Grunde liegt, heißen in rem actiones, nicht bloß vermögensrechtliche, zum Schutz dinglicher Rechte und des Erbrechts, actiones in rem speciales und de universitate oder generales [b], ſondern auch die Klagen zur Geltendmachung von perſönlichen Rechtszuſtänden oder Familienverhältniſſen, die insbeſondere Präjudicialklagen genannt werden [c]. Bei ihnen beſtimmt ſich die Perſon des Gegners erſt durch die Verletzung des an ſich ohne Beziehung auf dieſen beſtehenden Rechts; ſie gehen zunächſt auf Anerkennung dieſes Rechts, wenn auch folgeweiſe zugleich auf vermögensrechtliche Leiſtungen des Beklagten, die ſich aus der die Klage veranlaſſenden Verletzung des Rechts ergeben, was aber bei Präjudicialklagen, die eben deßwegen ſo heißen [d], nicht vorkommt. Manche perſönliche Klagen indeſſen ſind darin den dinglichen verwandt, daß ſie nicht auf einen beſtimmten Beklagten beſchränkt ſind, ſondern gleich jenen gegen Jeden angeſtellt werden können, der in ein beſtimmtes Verhältniß, namentlich Beſitz einer Sache, eintritt [e]; man nennt ſie gewöhnlich, nach einem in einigen Fällen vorkommenden Ausdruck [f], actiones in rem scriptae.

Anm. [1] §. 1. J. h. t. Omnium actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur; aut enim in rem sunt aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est . . . .; aut cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditae actiones in rem sunt; veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat; nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est. — Gai. IV. 1. Quot genera actionum sint: verius videtur duo esse, in rem et in personam . . . . §. 2. In personam actio est, qua agimus, quotiens cum aliquo, qui nobis . . . . obligatus est (contendimus),

[a] §. 1. J. h. t. Gai. IV. §. 1...3. 100. 106. L. 25. pr. D. h. t. L. 36. D. de V. S. [b] L. 1. pr. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. cf. L. 25. §. 18. D. de hered. pet. 5. 3. L. 27. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. §. 1...7. J. h. t. Gai. IV. §. 16. 17. [c] §. 13. J. h. t. [d] Gai. IV. 44. [e] L. 9. §. 8. D. quod met. 4. 2. L. 3. §. 3. 15. D. ad exhib. 10. 4. L. 6. §. 5. L. 12. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 5. §. 13. L. 7. pr. §. 1. D. quod vi. 43. 24. L. 1. §. 13. D. quod. legat. 43. 3. §. 5. J. de noxal. act. 4. 8. [f] L. 9. §. 8. cit. cf. L. 4. §. 33. D. de doli exc. 44. 4.; L. 1. §. 3. D. de interd. 43. 1. cf. L. 5. §. 13. cit.

id est, cum intendimus dare facere praestare oportere. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi fruendi . . . .: item actio ex diverso est adversario negativa. — §. 13. J. h. t. Praeiudiciales actiones in rem esse videntur; quales sunt per quas quaeritur, an aliquis liber an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Gai. IV. 44. Certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praeiudicialibus formulis, qualis est qua quaeritur aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliae complures. cf. Gai. III. 123. L. 30. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. L. 1. §. 2. D. de rei vind. 6. 1. — In rem actio hatte urſprünglich wohl eine engere Bedeutung, Gai. IV. 16. 17., die ſich noch darin zu erkennen gibt, daß bisweilen darunter vorzugsweiſe die rei vindicatio verſtanden wird, L. 23. pr. D. de rei vind. 6. 1. Derſelbe Ausdruck iſt aber dann allgemein zur Bezeichnung des abſoluten Charakters einer Klage, im Gegenſatz der perſönlichen, gebräuchlich geworden, wofür ſich auch anderweitig Analogien finden. L. 7. §. 8. L. 17. §. 5. D. de pactis. 2. 14. Ueber den Umfang des Begriffs, insbeſondere gegen die abweichende Ausführung von Duroi im civ. Arch. V. 14. 18., vgl. Sav. §. 206. 207.

[2] Mit Unrecht beſtreitet Sav. S. 16., „daß das Daſeyn oder Nichtdaſeyn einer Obligatio vor der Verletzung" das „unterſcheidende Moment" einer actio in personam ſey, weil bei Delictsklagen „die Verletzung mit der Entſtehung der Obligatio zuſammenfällt"; denn vgl. S. 286. not. q., „er verwechſelt die in dem Delict ſelbſt enthaltene Verletzung mit der unterlaſſenen Zahlung."

[3] Die perſönlichen Klagen werden vorzugsweiſe actiones genannt, die dinglichen, und zwar auch Präjudicialklagen, vindicationes, welche Benennung von dem alten Verfahren mit legis actio sacramento herrührt; die vermögensrechtlichen in rem actiones, insbeſondere ſofern ſie auf Reſtitution von Seiten des Beklagten gerichtet ſind, heißen petitiones im vorzüglichen Sinn, womit die petitoria formula des ältern (Formular-) Verfahrens zuſammenhängt. L. 28. D. h. t. L. 178. §. 2. D. de V. S. tit. D. de hereditatis petitione. 5. 3. cf. Gai. IV. 16. 92. Cic. in Verr. II. 12. Sav. S. 8. 21. 28. fg. In Betreff der confessoriae und negatoriae in rem actiones vgl. rubr. tit. D. *si ususfructus petatur* vel ad alium pertinere *negetur*. 7. 6. und *si servitus vindicetur* vel ad alium pertinere *negetur*. 8. 5. — Uebrigens hatte das ältere Recht noch eine Form der in rem actio, per sponsionem, welche dem Schein nach eine actio in personam, der That nach eine praeiudicialis actio war, die nur über das Daſeyn des Rechts eine Entſcheidung erzielte, indem dabei die Verurtheilung des Beklagten zu entſprechenden Leiſtungen noch durch eine beſondere Stipulation vermittelt werden mußte. Gai. IV. 93. 94. vgl. Haſſe a. a. O. S. 154. Arndts Beitr. I. S. 54...56. Keller, Civilproceß §. 26...29. Stintzing, über das Verhältniß der legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praeiudicialis, Heidelberg 1853.

[4] Der Ausdruck actio in rem scripta kommt in den Quellen nur einmal, nicht als techniſcher, vor. L. 9. §. 8. D. 4. 2. Quum autem haec actio *in rem sit scripta*, nec personam vim facientis coerceat, sed

adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est, etc.; aber vgl. L. 1. §. 3. D. 43. 1. Interdicta omnia, licet *in rem* videantur *concepta*, vi tamen ipsa personalia sunt. L. 5. §. 13. D. 43. 24. Et quum interdictum sic sit scriptum: *quod vi aut clam factum est*, non ita: *quod vi aut clam feciſti*, latius porrigi. — Schmidt (von Ilmenau) Abh. I. 1. Vgl. Sav. S. 24...28. Mit Unrecht nimmt übrigens der letzte auch umgekehrt eine Ausnahme von der Regel bei einigen in rem actiones an, „die nur gegen beſtimmte einzelne Perſonen angeſtellt werden können"; nämlich bei der hereditatis petitio nach L. 9. D. de her. pet. 5. 3., bei der Pauliana in rem actio nach L. 10. §. 22. D. quae in fraud. cred. 42. 8. §. 6. J. de act. 4. 6., bei der Vindication der Dotalſachen nach L. 30. Cod. de iure. dot. 5. 12. Dieſe Fälle ſind auf andere Weiſe zu erklären. Vgl. Arndts im Rtslex. V. S. 211. Schröter in der Zeitſchr. VI. S. 141. Puchta §. 142. not. f. und unten §. 228. 411. 531.

[b] Von drei Klagen, actio communi dividundo, familiae erciscundae und finium regundorum, heißt es, daß ſie mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam. §. 20. J. h. t. Dieſe ſogenannten Theilungsklagen (iudicia divisoria) ſind aber in Wahrheit actiones in personam, L. 1. §. 1. Cod. de annali except. 8. 40. L. 1. D. fin. reg. 10. 1. Jener Ausdruck erklärt ſich daraus, daß nach älterem Verfahren die Formula dieſer Klagen neben der in personam gerichteten Intention einen in rem lautenden Beſtandtheil enthielt, wodurch der Richter zur adiudicatio ermächtigt wurde. Gai. IV. 42. §. 4...7. J. de off. iud. 4. 17. Puchta Inſt. II. §. 167. not. h. Vgl. jedoch Sav. S. 36. In einem andern Sinn wird auch einmal die hereditatis petitio mixta personalis actio genannt. L. 7. Cod. de pet. her. 3. 31. Vgl. Löhr Mag. IV. 1. Arndts im Rh. Muſ. II. S. 141...144.

§. 98.

b) Erſatzklagen und Strafklagen.

Unter den vermögensrechtlichen Klagen zeigt ſich ein bemerkenswerther Unterſchied darin, daß dieſelben entweder nur bezwecken, die Verletzung, welche zur Klage Anlaß gibt, wieder aufzuheben, alſo dem Kläger dasjenige zu verſchaffen, was ihm gebührt, um ſein Vermögen in dem Stande zu erhalten, in welchem dasſelbe abgeſehen von jener Verletzung ſich befinden würde, oder vielmehr, zur Beſtrafung für die begangene Rechtsverletzung, auf eine Leiſtung des Beklagten gerichtet ſind, welche dem Kläger eine Bereicherung über jenen Beſtand ſeines Vermögens hinaus gewährt. Klagen der letzten Art heißen Strafklagen, actiones poenales oder poenae persequendae causa comparatae; Klagen der erſten Art dagegen ſind rei persequendae causa comparatae, nach moderner

Terminologie reipersecutoriae; man kann sie füglich Ersatzklagen nennen, indem dadurch dem Kläger nur gewährt oder ersetzt werden soll, was ihm widerrechtlich von seinem Vermögen vorenthalten wird. Es gibt aber auch Klagen, die zugleich den einen und den andern Zweck verfolgen, gemischte Klagen, mixtae actiones, id est, tam rei quam poenae persequendae causa comparatae [a]. Sowohl gemischte als reine Strafklagen können zum Gegenstande den mehrfachen Betrag des dem Kläger gebührenden Ersatzes haben, actiones in duplum, in triplum, in quadruplum [b]; bei einer gemischten Klage besteht das strafende Element in der Zugrundelegung einer den Kläger bevortheilenden Schätzung des Schadens [c]. Manche Klagen aber haben das Eigenthümliche, daß sie nachträglich noch durch einen hinzukommenden Umstand einen Strafzusatz erhalten können, entweder weil der Beklagte es bis zu richterlicher Verurtheilung [d] oder nur bis zum Proceß [e] kommen läßt, oder in Folge der Abläugnung des klägerischen Rechtsanspruchs, indem lis infitiando crescit in duplum [f]. Im heutigen Rechte sind indessen die meisten Strafklagen der einen und andern Art, soweit sie dieses sind, unpraktisch geworden. Vom Standpunkte des Beklagten können aber auch solche Klagen als Strafklagen angesehen werden, welche dem Kläger nur wieder verschaffen sollen, was ihm entzogen ist, für diesen also nur Ersatzklagen sind [g], insofern nämlich zu diesem Zweck der Beklagte nicht bloß widerrechtlich Angemaßtes herauszugeben, sondern selbst auf Kosten und mit Verminderung seines ursprünglichen Vermögens Ersatz zu leisten hat. Auch diese Klagen heißen im weitern Sinne poenales actiones [h] (einseitige oder uneigentliche Strafklagen), im Gegensatze zu welchen sich dann der Begriff der reipersecutorischen Klagen verengt [i].

Anm. Vgl. Kierulff I. S. 120...130. Sav. §. 210...212. Der letzte hat zuerst die Bezeichnung „einseitige und zweiseitige Strafklagen" gewählt; „uneigentliche" nennt die ersten Sint. §. 29; die Ersatzklagen nennt Sav.

[a] §. 16...19. J. h. t. Gai. IV. 6...9. cf. §. 9. J. de lege Aquil. 4. 3. §. 1. J. de perpet. 4. 12. L. 111. §. 1. D. de R. J. L. 21. §. 5. D. de act. rer. amot. 25. 2. [b] §. 21...25. J. h. t. [c] §. 9. J. de lege Aquilia. 4. 3. [d] §. 27. J. h. t. L. 14. §. 1. D. quod. met. 4. 2. L. 1. pr. D. de publicanis. 39. 4. [e] §. 19. in f. §. 26. in f. J. h. t. [f] §. 23. 26. J. h. t. §. 4. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 7. D. de solut. 46. 3. cf. Gai. IV. 9. 171...173. Pauli sentt. I. 19. nov. 18. cap. 8. [g] L. 4. §. 6.... L. 7. D. de alienat. iud. mut. c. 4. 7. L. 9. §. 8. L. 11. D. de reb. auct. iud. 42. 5. L. 1. §. 5. D. ne vis fiat. 43. 4. [h] L. 1. §. 8. D. l. c. cf. L. 26. D. de O. et A. 44. 7. [i] L. 35. pr. D. l. c. L. 1. pr. §. 1. D. de vi. 43. 16. cf. L. 7. §. 2. D. de cond. furt. 13. 1.

„erhaltende Klagen". — Ueber die Litiscrescenz (not. f.) Rudorff in der Zeitſchr. f. geſch. Rtsw. XIV. 9. — Eine andere Strafwirkung mancher Klagen war die Infamie; daher actiones famosae (§. 31).

§. 99.

c) Einſeitige und doppelſeitige Klagen.

Gewöhnlich ſtehen in einem Streitverhältniß beide Parteien, Kläger und Beklagter, in weſentlich verſchiedener Stellung einander gegenüber; der eine will Zuerkennung eines Rechts, beziehungsweiſe Verurtheilung des Beklagten, dieſer will Abweiſung des Klägers; die Klage iſt ſchlechthin einſeitig, actio simplex. In gewiſſen Fällen aber nehmen beide Parteien weſentlich dieſelbe Stellung ein, uterque actor est, et rei et actoris partes sustinet; die eine wie die andere kann verurtheilt werden; die Rolle des Klägers, d. i. desjenigen, qui primus ad iudicium provocavit, iſt nur formell von der des Beklagten unterſchieden. In Fällen dieſer Art, wozu vorzüglich die drei Theilungsklagen gehören (§. 97. Anm. 5.), heißt die Klage duplex actio, doppelſeitige Klage, oder mixta actio in dieſem Sinn [a]. Nicht zu verwechſeln damit iſt der Gegenſatz von directa und contraria actio, Klage und Gegenklage (nicht Widerklage im proceſſualiſchen Sinn, reconventio); dieſer beruht darauf, daß in gewiſſen obligatoriſchen Verhältniſſen zunächſt und hauptſächlich nur eine Partei, gegen welche deßhalb directa actio ſtattfindet, verpflichtet erſcheint, dieſer aber aus demſelben Rechtsverhältniß eine Gegenforderung erwachſen kann, die ſie durch contraria actio einklagen mag [b]; hier ſind zwei ſelbſtändige Klagen, nicht eine doppelſeitige, gegeben.

§. 100.

d) Hiſtoriſch bedeutende Eintheilungen der Klagen.

Im römiſchen Recht kommen noch verſchiedene Eintheilungen der Klagen vor, welche theils ſchon im Juſtinianiſchen Recht nicht von materieller Bedeutung waren, theils im heutigen Recht ſolche Bedeutung nicht mehr haben. Es werden nämlich unterſchieden:

[a] L. 37. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. L. 10. D. fin. reg. 10. 1. L. 2. §. 3. L. 44. §. 4. D. fam. erc. 10. 2. L. 2. pr. D. de interd. 43. 1. L. 3. §. 1. D. uti poss. 43. 17. §. 7. J. de interd. 4. 15. cf. L. 13. 14. D. de iud. 5. 1. L. 2. §. 3. D. comm. div. 10. 3.
[b] L. 17. §. 1. L. 18. §. 4. D. commodati vel contra. 13. 6. cf. rubr. tit. D. de pigneratitia actione vel contra. 13. 7., depositi vel contra. 16. 3., mandati vel contra. 17. 1. L. 6. §. 7. D. de his qui not. inf. 3. 2. — Contrarium iudicium in anderer antiquirter Bedeutung Gai. IV. 177...179.

1) civiles und honorariae (praetoriae, aedilitiae) actiones, nach Verschiedenheit der Rechtsquelle, wodurch sie eingeführt waren [a].

2) directa und utilis actio, je nachdem eine Klage in dem ursprünglich beschränkteren Gebiet ihrer Anwendung oder durch Anwendung auf andere Fälle in weiterm Umfang gegeben wird [b]. Die Bezeichnung einer Klage als utilis actio ist insofern bedeutend, als dadurch angedeutet wird, daß sie in ihren Wirkungen nach Analogie der vorbildlichen directa actio zu beurtheilen ist [c]. Ein verwandter Begriff ist der der in factum actiones.

3) actiones im engern Sinn oder ordinariae, extraordinariae actiones (von denen die vermögensrechtlichen unter dem Ausdruck persecutio [d] begriffen waren), und interdicta. Diese Unterscheidung beruhte auf einer später weggefallenen Verschiedenheit des Verfahrens. Die ersten waren Klagen, in Folge deren die Entscheidung, nach der Einleitung des Rechtsstreites vor dem Magistratus (in iure), an einen Juder überging (iudicium); extraordinariae solche, bei denen der erste selbst definitiv entschied [e]. Die Interdicte aber waren ursprünglich Befehle, welche der Prätor sofort auf Antrag einer Partei erließ, ein Gebot (decretum) oder ein Verbot (interdictum im engeren Sinn), welche aber, wenn der Gegner Widerspruch entgegensetzte, nur zur Einleitung und Grundlage eines weitern Verfahrens dienten [f]. Nachdem in späterer Zeit dieses Verfahren außer Gebrauch gekommen, gründeten sich nun auf die im Edict im Allgemeinen ausgesprochenen Interdicte eigene Klagen, interdicti actiones [g], die noch jetzt insbesondere Interdicte genannt werden [h]. Sie dienen theils ein materielles Recht zu schützen (proprietatis causam habent), theils einen bloß factischen Zustand oder die Ausübung eines Rechts (possessionis causam habent) [i]; die ersten concurriren in einigen Fällen mit einer actio aus demselben Rechte, und werden dann in der

[a] L. 28. pr. D. de legat. I. (30). §. 3...12. J. h. t. Cod. de aedilitiis act. 4. 58. [b] L. 21. D. de praescript. verb. 19. 5. §. 16. J. de lege Aquil. 4. 3. L. 47. §. 1. D. de neg. gestis. 3. 5. cf. Gai. IV. 34...37. Ulp. XXVIII. 12. [c] L. 17. §. 3. D. de usufr. 7. 1. L. 16. 19. pr. D. de instit. act. 14. 3. [d] L. 178. §. 2. D. de V. S. L. 28. D. de O. et A. 44. 7. L. 2. §. 3. D. de hered. vend. 18. 4. [e] Dig. de extraordinariis cognitionibus. 50. 13. L. 17. D. de reb. cred. 12. 1. cf. L. 2. Cod. de ped. iud. 3. 3. pr. J. de succ. sublat. 3. 12. §. 8. J. de interd. 4. 15. [f] Gai. IV. 139...170. [g] pr. §. 8. J. de interdictis. 4. 15. et Theophil. ad h. l. L. 3. 4. Cod. de interd. 8. 1. L. 17. Cod. de act. emt. 4. 49. [h] Dig. de interdictis sive extraordinariis actionibus quae pro his competunt. 43. 1. Cod. 8. 1. [i] L. 2. §. 1...3. D. l. c.

Praxis als bloß provisorische Rechtsmittel behandelt, die eine Entscheidung nur einstweilen nach bloßer Wahrscheinlichkeit bewirken, so daß nachher noch über denselben Streitgegenstand die actio stattfinde. Ihrem Zweck nach werden die Interdicte eingetheilt in prohibitoria, restitutoria und exhibitoria, sodann mixta interdicta [k], eine Unterscheidung, die sich früher auf den verschiedenen Inhalt des prätorischen Befehls bezog, materiell aber, ebenso, wie der Unterschied zwischen interdicta simplicia und duplicia [l], auch auf andere Klagen, wenn auch nicht als allgemeine Eintheilung derselben, angewendet werden kann;

4) stricti iuris und bonae fidei actiones, arbitrariae actiones. Der letzte Ausdruck bezeichnet eine Reihe von restitutorischen oder exhibitorischen, theils persönlichen, theils dinglichen Klagen, bei welchen nach älterm Verfahren der Richter durch einen besondern Zusatz in der Formula angewiesen wurde, zunächst zu bestimmen, was der Beklagte eigentlich zu leisten hatte, und dann erst wegen Erfolglosigkeit dieser Auflage denselben zu entsprechender Geldzahlung zu verurtheilen [m]. Diese haben aber ihre eigenthümliche Bedeutung wesentlich schon im Justinianischen und vollends im heutigen Recht verloren, indem nun die Verurtheilung des Beklagten immer zunächst auf den eigentlichen Gegenstand der Klage gerichtet und dieses Urtheil auch, soweit möglich, zwangsweise vollzogen wird, also nur subsidiär Ersatzleistung in Geld eintritt. Auch der im Justinianischen Recht noch in verschiedenen Beziehungen wichtige Unterschied zwischen stricti iuris und bonae fidei actiones, welcher in der strenger beschränkten oder freiern Behandlung und Beurtheilung der Klagsachen beruhte, und mit der strengeren oder freieren Natur der den Klagen zum Grunde liegenden obligatorischen Rechtsverhältnisse zusammenhing [n], ist im heutigen Rechte verschwunden, indem die freiere Behandlung in allen Fällen zur Regel geworden ist;

5) actiones privatae und populares. In manchen Fällen gestattet nämlich das römische Recht einem jeden Bürger, als Stellvertreter der Gesammtheit gegen den Uebertreter einer im öffentlichen Interesse gegebenen Rechtsvorschrift eine Klage anzustellen, deren

[k] L. 1. §. 1. D. l. c. [l] L. 2. pr. D. l. c. (§. 99. not. a.) [m] §. 31. J. h. t. cf. L. 14. §. 4. D. quod met. causa. 4. 2. L. 68. D. de rei vind. 6. 1. [n] §. 28...30. J. h. t. Gai. IV. 62.

Erfolg zwar zum Vortheil des Klägers ist, die ihrem Grunde nach aber nicht aus einer Privatrechtsverletzung entspringt, und daher popularis oder publica actio heißt [o]. Heutzutage sind solche Klagen nicht mehr üblich; die Obrigkeit schreitet von Amtswegen ein.

Anm. In Betreff der obigen Eintheilungen der Klagen vgl. überhaupt Keller a. a. O., insbesondere über nro. 1...3. Sav. §. 213...217, Wächter Erörtr. II. 10; über die Interdicte Sav. Recht des Besitzes §. 34. Bethmann-Hollweg Proceß I. §. 37. und jetzt vorzüglich K. A. Schmidt, das Interdictenverfahren der Römer, Leipzig 1852; über arbitrariae actiones Sav. §. 221...223. Wächter Erörtr. II. 9.; über bonae fidei und strieti iuris actiones (condictiones) Sav. §. 218...220. nebst Beil. XIII. XIV., Wächter II. 11. und über die heutige Anwendung Sav. §. 224. Wächter S. 122...125. Sint. I. §. 29. S. 266...276. Die Ansicht, daß der letztgenannte Unterschied nicht mehr praktisch sey, vertheidigt unter andern schon von Andreae, praeside Gundling, de usu practico actionum bonae fidei. Hal. 1724., in neuerer Zeit nur von wenigen, z. B. Roßhirt Ztschr. I. S. 88. fg., Liebe die Stipulation S. 93., noch angefochten, ist durch obige Ausführungen vollkommen befestigt. — Ueber die Unanwendbarkeit der Popularklagen Puchta §. 35. Böhmer de action. II. 4. §. 51. 11. §§. 17. 18. 32...34. — Eine tabellarische Uebersicht aller Klagen gibt: Arbor actionum, iterum edita, illustrata ab Aloysio Brinz, Erlangae 1854.

3) Von Einreden und Gegeneinreden [a].

§. 101.

a) Begriff.

Der Beklagte kann sich gegen die Klage vertheidigen, indem er entweder 1) die Thatsachen, wodurch das angebliche Recht des Klägers begründet seyn soll, schlechthin läugnet, oder 2) andere Thatsachen anführt, aus denen sich ergibt, daß jenes Recht gleichwohl nicht entstanden oder später wieder aufgehoben sey, also gegenwärtig gar nicht bestehe, oder 3) auf ein entgegenstehendes Recht sich beruft, vermöge dessen die Klage, wenn gleich das ihr zum Grunde liegende Recht an sich bestehe, gleichwohl nicht mit Erfolg gegen ihn angestellt werden könne. Die beiden ersten Arten der Vertheidigung kommen darin überein, daß sie das gegenwärtige Daseyn des Rechts des Klägers ganz verneinen, während die letzte

[o] Dig. de popularibus actionibus. 47. 23. cf. L. 43. §. 2. D. de procurat. 3. 3. L. 30. §. 3. D. de iureiur. 12. 2. L. 32. pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2. L. 56. §. 3. D. de fideiuss. 46. 1. L. 12. pr. D. de V. S.

[a] J. de exceptionibus. 4. 13. de replicationibus. 4. 14. Dig. de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis. 44. 1. Cod. de exceptionibus seu praescriptionibus. 8. 36.

dem Rechte ein Recht entgegenſetzt, kraft deſſen die Wirkſamkeit der aus jenem hervorgehenden Klage überhaupt oder zur Zeit ausgeſchloſſen wird. Eine Einwendung dieſer Art iſt Exceptio [b], Einrede im engern Sinne; im weitern Sinn begreift man im heutigen Proceßrecht unter Einrede auch Einwendungen der zweiten Art, die mit den eigentlichen Exceptionen darin zuſammentreffen, daß dem Beklagten der Beweis derſelben regelmäßig obliegt [c]. Exceptio im materiellen (civilrechtlichen) Sinn (ius exceptionis), entſprechend dem Klagrecht, iſt alſo ein dem letzten entgegenſtehendes Recht, wodurch dieſes, wenn gleich an ſich begründet, ganz oder theilweiſe unwirkſam gemacht wird [d]. In gleicher Weiſe kann nun aber der Exceptio von Seiten des Klägers eine Gegeneinrede, replicatio, entgegenſtehen, exceptionis exceptio oder contraria exceptio, wodurch die Wirkung der Exceptio beſeitigt, alſo die der Klage aufrechterhalten wird, und ebenſo der Replik wiederum von Seiten des Beklagten eine Duplik, duplicatio u. ſ. w. [e].

Anm. [1] Im ältern Verfahren, per formulas, trat das Weſen der Exceptio ſichtbar hervor, indem ſie als eine Ausnahme oder Beſchränkung der Condemnatio ausdrücklich in die Formula eingeflochten wurde, damit der Judex darauf Rückſicht nehmen müſſe; ebenſo die Replicatio, als Gegenſatz gegen die Exceptio, z. B. *Judex esto. Quod A. Agerius a Numerio Negidio decem dari stipulatus est isque spopondit, si paret N. Negidium A. Agerio decem dare oportere, si inter A. A. et N. N. non convenit, ne ea pecunia peteretur, aut si postea convenit, ut eam pecuniam petere liceret, Numerium Negidium A. Agerio decem condemna*; nicht aber z. B. ... *dare oportere, si A. Agerio ea pecunia soluta non est*, was eine ſog. exceptio solutionis ſeyn würde. Gai. IV. §. 40...43. 116. 119. 126. Darauf bezogen ſich die Ausdrücke: postulare oder petere, und dare oder addere exceptionem u. dgl.; es war exceptio im formellen Sinn des damaligen Verfahrens. Aber das Recht der Exceptio war nicht abhängig davon, konnte vielmehr, wenn es unbeſtritten war, ſchon in iure Abweiſung des Klägers (denegatio actionis) begründen, L. 7. §. 6. D. ad Sc. Maced. 14. 6. L. 9. pr. §. 5. D. de iureiur. 12. 2., und es war Regel: bonae fidei iudiciis inesse doli mali exceptionem, sc. *si non dolo malo Negidii in ea re aliquid factum sit neque fiat*, d. h. hier bedurfte es keiner formellen Exceptio. L. 21. D. soluto matr. 24. 3. L. 84. §. 5. D. de legat. I. L. 3. D. de rescind. vend. 18. 5. Fragm. Vat. §. 94. Puchta Inſt. II. §. 170. Nachdem nun im neueren Verfahren Exceptionen in jenem formellen Sinn überhaupt nicht mehr vorkamen, hieß *datur exceptio* nichts anders als: es findet ein Exceptionsrecht ſtatt. Wenn manche

[b] pr. J. h. t. Gai. 116...118. [c] L. 1. D. h. t. L. 9. 19. pr. D. de probat. 22. 3. L. 19. Cod. eod. 4. 19. cf. L. 1. Cod. ibid. [d] L. 2. pr. §. 2. D. h. t. [e] L. 22. §. 1...3. D. h. t. pr. §. 1. 2. J. h. t. 4. 14.

behauptet haben, daß im neuern römischen oder doch im heutigen Recht der Unterschied zwischen Exceptio im eigentlichen und im weitern Sinn, zwischen der Unwirksamkeit der Klage per exceptionem und ipso iure, weggefallen sey (Albrecht, die Exceptionen des gemeinen Civilproceſſes, München 1835.), ſo beruht dieſes theils auf einer Verkennung des Unterſchiedes zwiſchen Exceptio in jenem formellen Sinn und Exceptionsrecht, theils auf unrichtiger Begränzung des Gebietes der Exceptionen. (§. 102.) Sav. §. 225...229. Uebrigens kommen die Ausdrücke exceptio und excipere zwar auch im römiſchen Rechte ſchon bisweilen in weiterer Bedeutung vor, L. 18. §. 2. D. de probat. 22. 3. (excepit *se non respondisse*), L. 14. §. 2. Cod. de contrah. stip. 8. 38. (testes omni exceptione maiores), L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. (temporalis exceptio sive per usucapionem inducta sive per decem vel viginti annorum curricula); aber regelmäßig und techniſch ſind ſie in der engern Bedeutung gebraucht. Sav. S. 162. not. f. S. 167. not. o. — Gleichbedeutend mit exceptio iſt im Juſt. Recht praescriptio, nachdem ältere formelle Verſchiedenheiten weggefallen. Gai. IV. 130...137. rubr. tit. Cod. 8. 36. de exceptionibus *seu* praescriptionibus. Sav. S. 163. .165. Puchta Inſt. §. 171.

[2] Die replicatio konnte allenfalls auch ſchon duplicatio genannt werden, und die duplicatio ſomit triplicatio. Daher L. 2. §. 2. D. h. t. Sed et contra replicationem solet dari triplicatio, et contra triplicationem rursus (quadruplicatio); wo jedoch die *Vulg.* und *Hal.* leſen: *solet dari duplicatio et contra duplicationem tripl.* etc. cf. L. 7. §. 1. 2. D. de cur. fur. 27. 10. — Anders aber §. 1. 2. J. h. t. 4. 14. Vgl. Sav. S. 193.

§. 102.

b) Gründe und Arten der Einreden.

Die Einreden gründen ſich zum Theil auf Regeln des Proceſſes, meiſtens auf Regeln des materiellen Rechts [1]. Ein Recht, das durch Klage geſchützt iſt, kann nach Umſtänden auch durch Einrede geltend gemacht werden [a]; aber das Recht der Einrede kann auch ohne ein klagbares Recht beſtehen, als bloßes Schutzmittel gegen die Klage des Andern [b]. Es kann dieſer von Anfang an entgegenſtehen [c], oder erſt ſpäter entgegentreten [d]. Es kann die Klage entweder nur für eine gewiſſe Zeit oder unter gewiſſen Umſtänden hindern, dilatoria oder temporalis exceptio, verzögerliche Einrede, oder dieſelbe für immer ausſchließen, peremtoria oder perpetua exceptio, zerſtörliche Einrede [e]. — In der Regel ſtehen die Einreden in ſolcher Verbindung mit dem die Klage begründenden Verhältniß, daß ſie Jedem zuſtehen, welcher wegen

[a] L. 1. §. 4. D. de superfic. 43. 18. L. 156. §. 1. D. de R. J. [b] L. 1. §. 4. D. de dolo. 4. 3. L. 7. pr. §. 4. D. de pactis. 2. 14. [c] §. 1. J. h. t. 4. 13. [d] §. 2. J. l. c. [e] L. 2. §. 4. L. 3. D. h. t. §. 8...11. J. h. t. Gai. IV. 120...125. cf. L. 13. 16. 18. D. h. t. Gai. §. 133.

desselben als Rechtsnachfolger oder accessorisch Verpflichteter belangt wird, sie sind exceptiones rei cohaerentes [f]; ausnahmweise kommen aber auch exceptiones personae cohaerentes vor, die nur auf eine bestimmte Person sich beschränken [g]. Umgekehrt sind die Exceptionen regelmäßig auch in der Beziehung absolut wirksam (in rem), daß sie jedem entgegenstehen, welcher den durch sie ausgeschlossenen oder beschränkten Rechtsanspruch erhebt; aber es gibt Exceptionen, die auch in dieser Beziehung nur in personam gehen [h].

Eine Einrede von sehr umfassender Anwendung ist die Einrede widerrechtlichen Begehrens, doli exceptio. Sie beruht darin, daß nach den vorliegenden Umständen der Kläger, indem er seinen Anspruch verfolge, nicht redlich handle; daher können die meisten aus dem materiellen Recht entspringenden Einreden in eine doli exceptio übergehen [i]. Verschieden von dieser sog. exceptio doli generalis ist die exceptio doli [k], die sich auf einen früher geübten Betrug des Klägers gründet, die sog. exceptio doli specialis [2]. Eine Anwendung der ersten ist es, wenn der Beklagte, auf Herausgabe einer Sache belangt, diese verweigert, sofern ihm nicht für Gegenansprüche, die damit in Verbindung stehen, Befriedigung geboten wird [l]; die Befugniß dazu pflegt man als Retentionsrecht zu bezeichnen [3].

Anm. [1] Exceptionen, wie Actionen, sind sowohl durch das Civilrecht im engern Sinn, wie durch das prätorische Recht eingeführt, durch das letzte vorzüglich, um die Billigkeit gegen das strenge Recht zu wahren, §. 7. J. h. t. Gai. IV. 118. cf. L. 3. D. h. t.; und es können Exceptionen der einen Art Klagen der andern Art gegenüberstehen. Sav. S. 169...173. Auch werden utiles und in factum exceptiones genannt, analog den actiones utiles und in factum. L. 21. D. de praescript. verb. 19. 5. §. 1. J. h. t. L. 4. §. 16. 32. D. de doli exc. 44. 4.

[2] Der Unterschied zwischen der einen und andern Art der doli exceptio gab sich in der Formel zu erkennen: a) *si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit;* b) *si in ea re nihil dolo A. Agerii fiat;* oder beides vereinigt c) *si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat.* Gai. IV. 119. — L. 4. §. 5. D. de doli exc. 44. 4. Et generaliter sciendum est,

[f] §. 4. J. de replicat. 4. 14. L. 7. §. 1. L. 19. D. h. t. L. 11. Cod. h. t. L. 2. §. 2. D. de doli exc. 44. 4. L. 3. D. de exc. rei vend. 21. 3. [g] L. 7. pr. D. h. t. §. 4. J. cit. in f. cf. L. 24. 25. D. de re iud. 42. 1. L. 21. §. 5. — L. 26. D. de pactis. 2. 14. [h] L. 4. §. 27...29. 31. 33. D. de doli exc. 44. 4. [i] L. 2. §. 3...5. L. 8. 12. D. de doli exc. 44. 4. [k] L. 2. §. 1. D. l. c. [l] L. 4. §. 9. L. 14. D. l. c. §. 30. 32...34. J. de rer. div. 2. 1. L. 50. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. L. 13. §. 8. D. de act. emti. 19. 1. — cf. L. un. Cod. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse. 8. 27.

ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit; nam etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat. Hänel im civ. Arch. XII. S. 422.

[z] Ueber das Retentionsrecht, als eine vermeintliche Wirkung des Besitzes, vgl. Schenck die Lehre vom Retentionsrechte. Jena 1837; beßgl. Luden, Jena 1839; Cramer im civ. Arch. XXXVII. 12.; eine Art der Selbsthülfe? Mühlenbruch §. 136. Dagegen Puchta §. 94. not. b. Böcking Inst. §. 127. 129. not. 16. Retentionsrecht überhaupt die Befugniß, eine schuldige Leistung einstweilen vorzuenthalten, wegen Anspruchs auf eine Leistung von der anderen Seite: Dernburg Compensation S. 13. fg.

4) Aufhebung der Klagen und Einreden.

§. 103.

Klagen und Einreden müssen nach der Natur der Sache erlöschen, wenn das ihnen zum Grunde liegende Recht oder wenn das sie veranlassende thatsächliche Verhältniß zum Gegner, d. i. bei Klagen die Verletzung, aufhört. Es gibt aber verschiedene Endigungsgründe, welche zunächst die Klage oder Einrede treffen, und so denn freilich mittelbar auch das Recht entweder in seiner Wirksamkeit beschränken oder auch ganz aufheben. Solche Endigungsgründe sind, abgesehen von der Einwirkung des Processes, wovon §§. 113. 116., der Tod einer Partei, die Concurrenz der Klagen, und die Verjährung.

§. 104.

a) Tod einer Partei.

Dieser hebt die Klagen, sofern nicht Grund oder Anlaß derselben dadurch wegfällt, regelmäßig nicht auf. In Betreff vermögensrechtlicher Klagen ist Regel: actiones heredi et in heredem competunt [a]. Jedoch gehen 1) auf Seiten des Klagberechtigten, activ, gewisse Klagen nicht auf den Erben über, welche, obgleich auf ein vermögensrechtliches Object gerichtet, doch ihrem Grunde nach vielmehr auf Genugthuung für persönliche Unbilde gehen [b], sog. actiones vindictam spirantes [1]; 2) auf Seiten des Beklagten gehen Klagen aus Delicten nicht gegen den Erben, soweit sie auf eine eigentliche Strafe gerichtet sind [c], und selbst, soweit sie Entschädigung zum Gegenstande haben, nach römischem

[a] J. de perpetuis et temporalibus actionibus et quae ad heredes et in heredes transeunt. 4. 12. [b] §. 1. J. h. t. L. 2. §. 4. D. de collat. 37. 6. [c] L. 1. pr. D. de priv. del. 47. 1.

Recht nur in dem Maße, als durch[c] das Delict des Erblaſſers dem Erben etwas zugekommen iſt[d], nach heutigem Recht jedoch[e], ſoweit der Betrag der Erbſchaft reicht[2]. Dieſe Beſchränkungen des activen oder paſſiven Uebergangs der Klagen auf die Erben fallen weg nach Beginn des Rechtsſtreites (§. 113).

Auch Einreden werden nur ausnahmweiſe durch den Tod aufgehoben, ſofern ſie personae cohaerentes ſind oder nur in personam gehen (§. 102).

Anm. [1] Den Geſichtspunkt dafür deutet an L. 28. D. de iniur. 47. 10. Iniuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur. Die Bezeichnung iſt veranlaßt durch L. 2. §. 4. D. de collat. Emancipatus filius si iniuriarum habet actionem, nihil conferre debet; magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem. cf. L. 10. D. de sepulcro violato. 47. 12. Die dahin gehörigen Klagen ſind a) die iniuriarum actio, L. 13. pr. D. de iniur.; b) die in factum actio des ungeſetzlich in ius vocirten Parens oder Patronus, L. 24. D. de in ius voc. 2. 4. (unpraktiſch); c) querela inofficiosi testamenti, L. 7. D. de inoff. test. 5. 2.; d) in factum actio de calumnia, L. 4. D. de calumnia 3. 6.; e) die Klage auf Rückgabe einer Schenkung wegen Undankbarkeit, L. ult. Cod. de revoc. don. 8. 56.; f) die actio sepulcri violati, L. 6. 8. 10. D. de sep. viol. 47. 12.; g) die actio in factum wegen verhinderter Beerdigung. L. 9. D. de relig. 11. 7. Bei der letzten Klage wird es beſtritten z. B. von Böhmer II. 4. §. 67. Mühlenbruch Ceſſion S. 300. Bang. §. 145. Dagegen Kierulff I. S. 228. Sav. S. 200 fg. Vgl. L. 9. cit. in f. (Gai.): Unde miror, quare constare videatur, neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem; nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur; certe perpetuo ea inter ipsos competit. — Puchta §. 88. not. c. ſetzt noch hinzu: „die Klage auf die Nachtheile der Eheſcheidung gegen den ſchuldigen Theil", nach L. 15. §. 1. D. sol. matr. 24. 3. „morum vero coercitionem non habet (heres)". Dagegen Sav. S. 202. not. l. Uebrigens vgl. noch Sav. II. §. 73. — Daß auch Popularklagen nicht vom Erben als ſolchem angeſtellt werden konnten, ergab ſich von ſelbſt aus deren Natur, da ſie jedem Bürger, alſo vor der Anſtellung keinem als beſonderes Recht zuſtanden. L. 7. D. de pop. act. 47. 23.

[2] Das Princip dieſer Lehre iſt in dem Satze ausgeſprochen: in poenam heres non succedit: L. 22. D. de op. n. n. 39. 1. L. 20. D. de poen. 48. 19., der dann auch auf einſeitige Strafklagen ausgedehnt wurde (§. 99.), L. un. Cod. Ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur. 4. 17. L. 17. §. 1. L. 26. 27. D. de dolo 4. 3. L. 23. §. 8. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 9. §. 8. L. 10. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5.; aber

[c] L. 38. 44. 127. D. de R. J. L. 35. pr. D. de O. et A. 44. 7. cf. §. 1. J. l. c. [d] cap. 5. X. de raptor. 5. 17. cap. 9. X. de usuris. 5. 19. cap. 28. X. de sent. excommun. 5. 39. cap. 15. X. de sepult. 3. 28.

beſchränkt durch den andern Satz: sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset, L. 38. D. de R. J. (sive dolo fiat, quominus ad se perveniret: L. 8. §. 8. D. de prec. 43. 26.), und: turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur. L. 5. pr. D. de calumnia. 3. 6. L. 16. §. 2. L. 17. D. quod met. c. 4. 2. (cf. L. 127. D. de R. J. Quum praetor in heredem dat actionem quatenus ad eum pervenit, sufficit si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti. Schmidt Interdictenverfahren S. 166.). — Hieher gehört auch die Klage, welche gegen den Erblaſſer begründet war, qui dolo malo possidere desiit, L. 42. 52. D. de rei vind. 6. 1.; nicht auch die condictio furtiva, „quia rei habet persecutionem.“ L. 7. §. 2. L. 9. D. de cond. furt. 13. 1.; ſtreitig ob die actio rerum amotarum? L. 6. §. 4. D. de act. rer. amot. 25. 2. L. 3. Cod. eod. 5. 21. — Auch findet jene Regel nicht Anwendung auf Klagen aus Rechtsgeſchäften (ex contractu oder quasi ex contractu), wenn der Erblaſſer dabei eines Dolus ſich ſchuldig gemacht. L. 12. 49. D. de O. et A. 44. 7. L. 121. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 152. §. 3. L. 157. §. 2. D. de R. J. Zwar ſagt §. 1. J. h. t. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, *(veluti)* cum testator dolose versatus sit *(ex depositio)* et at heredem eius nihil ex eo dolo pervenerit, und Theophilus führt als Beiſpiel die actio depositi an. Aber vgl. dagegen die ll. cc. und L. 1. §. 1. L. 7. §. 1. D. depos. 16. 3., Gai. IV. 113. Aliquando tamen *(etiam)* ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit; nam adstipulatoris heres non habet actionem et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur (veraltete Fälle). Vgl. noch L. 8. §. 1. D. de fideiuss. et nominat. 27. 7. mit L. 2. 4. 5. Cod. de in lit. iur. 5. 43. — L. 1. §. 21. 23. D. de tut. et rat. distrah. act. 27. 3. — — Das canoniſche Recht hat die Erben eigentlich unbedingt haftbar für Entſchädigung erklärt, wie für andere Schulden der Erbſchaft: cap. 5. X. 5. 17. Heredes ... *iuxta facultates suas* condigne satisfaciant; aber die Praxis hat dieß von jeher ſo erklärt, als hieße es: *iuxta facultates hereditatis.* Vgl. überhaupt Francke Beiträge I. 1. Sav. V. S. 46...60.

§. 105.

b) Concurrenz der Klagen.

Mehrere Klagen können ganz oder zum Theil auf denſelben juriſtiſchen Zweck, Verwirklichung deſſelben materiellen Rechtsanſpruchs, gerichtet ſeyn. Wenn und ſoweit hier durch eine der concurrirenden Klagen jener Zweck erreicht iſt, fallen die übrigen weg; daſſelbe juriſtiſche Object, welches bereits durch eine Klage erlangt iſt, kann nicht noch einmal durch eine andere Klage gefordert werden; wenn aber die zuerſt durchgeführte Klage dem Gegenſtande nach weniger umfaßte, ſo kann durch die umfaſſendere

Klage dasjenige nachgefordert werden, was jene nicht gewährte [1]. Nicht ſolchen Einfluß hat die Identität der Perſonen [a], oder des thatſächlichen Entſtehungsgrundes [b] mehrerer Klagen, wenn nicht gänzliche oder theilweiſe Identität des durch dieſe zu verfolgenden Rechtsanſpruches damit verbunden iſt [2].

In manchen Fällen aber hat der Berechtigte zwiſchen mehreren Klagen, die nicht denſelben Zweck haben, doch nur die Wahl, ſo zwar, daß ſchon durch die Wahl oder Anſtellung der einen die andere ausgeſchloſſen iſt, ſey es wegen Unvereinbarkeit der durch dieſe Klagen zu verfolgenden Anſprüche, ſey es vermöge beſonderer Rechtsvorſchrift [c].

Anm. [1] Den Hauptgrundſatz dieſer Lehre ſpricht aus L. 57. D. de R. J.: Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur, ſodann näher beſtimmend L. 41. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. Si ex eodem facto duae competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, nihil consequatur. (Die Hdſchr. haben *id consequatur*, aber unzweifelhaft iſt zu leſen *nihil consequatur*, Huſchke in Linde's Zeitſchr. N. F. II. S. 180.) Vgl. L. 43. §. 1. D. de R. J. Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet. Anwendungen davon: a) bei Concurrenz von Erſatzklagen auf daſſelbe Vermögensintereſſe (quod ex patrimonio nobis abest), gegen denſelben Beklagten, L. 34. §. 1. 2. D. de O. et A. L. 38. §. 1. L. 43. 47. pr. D. pro socio. 17. 2., oder gegen verſchiedene, L. 17. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 1. §. 10. ... L. 4. D. de his qui effud. 9. 3.; b) bei Concurrenz von Erſatzklagen und gemiſchten Klagen, L. 7. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 2. §. 3. D. de priv. del. 47. 1. L. 34. §. 2. cit. „... Et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur. Post commodati, an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur; sed verius est, remanere, quia simplo accedit et simplo subducto locum non habet.“ Zu leſen *locum habet*? Sav. S. 229. fg., oder *non remanere .... locum non habet*? Huſchke a. a. O. S. 184 fg. cf. L. 47. §. 1. ... L. 50. D. pro socio. 17. 2. Sehr ſtreitig, für das heutige Recht aber unerheblich iſt die Frage, ob die obige Regel auch Anwendung finde auf mehrere Strafklagen, welche unter denſelben Perſonen durch eine und dieſelbe Handlung begründet worden? L. 32. 34. pr. 53. pr. 60. D. de O. et A. L. 130. D. de R. J. Sav. §. 234. Bang. §. 572.

[2] Ueber die ſonſt üblichen Unterſcheidungen: ſubjective und objective, ſodann ſucceſſive, cumulative und elective Concurrenz der Klagen vgl. Thibaut civ. Abh.

[a] L. 2. D. de priv. del. 47. 1. L. 27. pr. L. 32. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [b] L. 1. §. 9. L. 18. §. 2. D. de iniur. 47. 10. L. 11. §. 2. L. 51. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 45 ... 47. D. pro socio. 17. 2. L. 34. §. 2. D. de O. et A. 44. 7. [c] L. 7. D. de lege commiss. 18. 3. L. 18. pr. L. 19. §. 6. D. de aed. ed. 21. 1. L. 3. §. 5. L. 6. §. 4. D. nautae caup. 4. 9. L. 8. Cod. de codicillis. 6. 36. u. a.

S. 146...204.; eine neue vereinfachende Darstellung dieser Lehre gibt Sav. V. §§. 231...236. Vgl. damit Huschke a. a. O., Sint. §. 30.

c) Verjährung.

§. 106.

a) Grund und Ursprung der Klagenverjährung.

Verjährung einer Klage ist Aufhebung ihrer Wirksamkeit in Folge lange versäumter Anstellung derselben. Sie ist gerechtfertigt theils durch die Nachlässigkeit des Klagberechtigten, theils durch die Rücksicht auf den Beklagten, um diesen gegen Erhebung von Rechtsansprüchen zu schützen, die vielleicht nur scheinbar noch begründet, in der That aus nicht mehr zu erweisenden Gründen erloschen sind. Gleichwohl kannte das ältere römische Civilrecht keine Verjährung der Klagrechte; die actiones waren perpetuae im buchstäblichen Sinn des Wortes. Aber die prätorischen Klagen wurden großentheils, namentlich der Regel nach die prätorischen Strafklagen, auf einen annus utilis eingeschränkt [a], nach dessen Ablauf ihnen annua exceptio entgegenstand [b]; zum Theil noch kürzere Fristen waren den aedilitischen Klagen gesetzt [c]. Diese Klagen waren daher temporales oder temporariae actiones. Auch bei einigen Civilklagen wurde eine bestimmte Zeitbeschränkung angenommen [d], und in Betreff der speciales in rem actiones galt zu Gunsten des Besitzers in gutem Glauben eine Verjährung per longum tempus, d. i. einen Zeitraum von zehn, beziehungsweise zwanzig Jahren, longi temporis praescriptio oder exceptio, die aber wegen ihrer besondern Voraussetzungen mit der Ersitzung des Eigenthums eng zusammenhängt und im Justinianischen Recht damit verschmolzen ist [e]. Erst Theodosius II. (a. p. Chr. 424) stellte, mit wenigen Ausnahmen, als durchgreifende Regel auf, daß alle nicht in kürzerer Zeitfrist verjährenden Klagen durch eine praescriptio triginta annorum ausgeschlossen seyn sollten [f], und diese Verordnung ist denn auch ins Justinianische Recht übergegangen [g], näher bestimmt und theilweise modificirt durch einige spätere Con-

[a] pr. J. de perpetuis et temporalibus act. 4. 12. Gai. IV. 110. 111. [b] L. 30. §. 5. D. de peculio. 15. 1. L. 15. §. 5. D. quod vi. 43. 24. [c] L. 38. pr. D. de aed. ed. 21. 1. [d] Dig. ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur. 40. 15. Cod. 7. 21. L. 1. Cod. de quadriennii praescriptione. 7. 37. L. 1. §. 2. D. de iure fisci. 49. 14. [e] Cod. de praescriptione longi temporis. 7. 33. [f] L. un. Theod. Cod. de actionibus certo tempore finiendis. 4. 14. [g] L. 3. Cod. de praescriptione 30 vel 40 annorum. 7. 39.

stitutionen [h], wornach in verschiedenen Fällen eine längere Verjährungsfrist, namentlich von vierzig Jahren, stattfindet. Hiernach sind nun regelmäßig alle Klagen der Verjährung unterworfen, entweder durch den Ablauf von dreißig Jahren oder mehr; dann heißen sie auch jetzt noch perpetuae actiones; oder in kürzerem Zeitraume; dann heißen sie temporales actiones. Ausgenommen sind davon jedoch die Theilungsklagen, sofern sie Aufhebung einer noch bestehenden Gemeinschaft oder Beseitigung einer noch fortdauernden Gränzverwirrung bezwecken [i], nicht sofern sie auf einzelne daraus hervorgegangene Rechtsansprüche gerichtet sind [k].

Anm. [1] Zur Litteratur dieser Lehre gehören die Schriften über Verjährung überhaupt (§. 87.), insbesondere Unterholzner Verjährungslehre II. §§. 252...283. Vorzüglich vgl. Sav. V. §§. 237...252., über das Geschichtliche derselben Puchta Inst. II. §. 208.

[2] Im römischen Recht sind von der Verjährung noch schlechthin ausgenommen a) die vindicatio in libertatem, L. 3. Cod. de longi temporis praescriptione, quae pro libertate et non adversus libertatem opponitur. 7. 22. b) die Vindication eines Colonen durch seinen Herrn, L. 23. pr. Cod. de agricolis. 11. 47. c) die Vindication eines Curialen durch die Stadt. L. 5. Cod. h. t. 7. 39. d) die Klage des Fiscus auf rückständige Steuern. L. 6. Cod. l. c. — Die letzte Ausnahme aber ist nicht mehr praktisch, die Klagen unter a...c kommen gar nicht mehr vor. Sav. S. 409...411. — Durch Vertrag kann die Verjährung der Klage nicht im voraus ausgeschlossen werden. Sav. S. 411...413.

β) Erfordernisse der Klagenverjährung.

§. 107.

aa) Beginn der Verjährungszeit.

Die Verjährungszeit beginnt mit dem Tage, an welchem zuerst ein Rechtsanspruch als klagbarer gegen einen bestimmten Gegner besteht, also die Möglichkeit, zu klagen, gegeben ist, actio nata [1], somit 1) bei dinglichen Klagen, wann zuerst der Gegner durch Beeinträchtigung des Rechts zur Klage Anlaß gibt, z. B. bei der Eigenthumsklage, wann derselbe zuerst, nicht mit dem Willen und im Namen des Eigenthümers selbst, die Sache im Besitze hat [a]; 2) bei persönlichen Klagen mit dem Tage, an welchem die Obligatio dergestalt begründet ist, daß gegen den Erfüllung weigernden

[h] L. 4...9. Cod. l. c. L. 1...3. Cod. de annali exceptione italici contractus tollenda et diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interruptionibus earum. 7. 40. [i] L. 5. Cod. comm. div. 3. 37. [k] L. 1. §. 1. Cod. h. t. 7. 40.

[a] L. 9. D. de rei vind. 6. 1. L. 2. 7. §. 2. 6. in f. L. 8. §. 1. Cod. h. t.

Schuldner sofort geklagt werden kann (quando dies venit), ohne daß wirklich eine Weigerung oder eine Mahnung zur Erfüllung stattgefunden zu haben braucht[2]. So lange die Klage auf Erfüllung rechtlich noch unstatthaft ist, z. B. wegen einer Zeitbestimmung oder gar einer noch unerfüllten Bedingung oder wegen Mangels andrer rechtlicher Voraussetzungen, kann auch die Verjährung derselben nicht beginnen[b]. Daher verjährt die Klage auf wiederkehrende Leistungen, z. B. jährliche Renten, Zinsen, für jede einzelne Leistung insbesondere erst von dem Tage ihrer Fälligkeit an[c]. Nach besonderer ganz angemessener Vorschrift jedoch ist, wenn die Hauptschuld verjährt ist, auch in Ansehung aller rückständigen Zinsen die Klage durch Verjährung ausgeschlossen[d]. Die Klage auf alle künftigen Renten aber kann verjähren, wenn das Recht selbst im Ganzen widersprochen worden ist und der Berechtigte dennoch es geltend zu machen unterlassen hat[3].

Anm. [1] Den Anfangspunkt der Verjährung bezeichnen die Gesetze durch die Worte: *ex quo actiones competere iure coeperunt*, oder *ex quo ab initio competit et semel nata est actio*, oder *ex quo possint movere actiones*, u. dgl. L. 3. 7. §. 1. Cod. h. t. 7. 39. L. 1. §. 1. Cod. h. t. 7. 40. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. Vgl. Böcking Inst. §. 131. not. 2. „Das Recht (an sich, das ruhende) bewegt sich selbst zu seiner Bethätigung, indem es als actio auftritt; nascitur, nata est actio in dem Augenblicke, da das Recht als ein durchzuführendes, auch mittels Staatshülfe zu realisirendes, fertig, reif ist."

[2] Für persönliche Klagen wird auf das exordium obligationis als regelmäßigen Anfangspunkt der Verjährung hingewiesen, L. 7. §. 6. Cod. h. t. 7. 39., womit auch übereinstimmen L. 1. §. 22. D. depositi. 16. 3. L. 18. D. de fideiuss. 46. 1. L. 21. §. 1. D. de pec. const. 13. 5. L. 94. §. 1. D. de solut. 46. 3. Sin autem nummos alienos credam, aut solvam, confestim pro mea parte nascetur et actio et liberatio. Im Einzelnen ist vieles streitig, z. B. inwiefern die Verjährung der Klage trotz einer entgegenstehenden Exceptio, namentlich der exceptio non impleti contractus, beginnen könne? Sav. S. 289...291; sodann, wann die Verjährung der Klage auf Rückgabe beim Depositum oder Commodatum, und insbesondere beim Darlehen, dem verzinslichen oder unverzinslichen, auf Kündigung oder mit Kündigungsfrist, beginne? Thon, über die Verjährung einer auf Kündigung stehenden Forderung in Linde's Zeitschr. VIII. 1. Sav. S. 291...299. Vgl. L. 94. §. 1. cit. L. 1. §. 22. cit. Est autem .... scriptum, eum, qui deposuit, statim posse depositi agere, hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. L. 8. §. 4. Cod. h. t. Exceptionem etiam

[b] L. 8. §. 4. Cod. h. t. cf. L. 4. pr. D. de tut. act. 27. 3. L. 9. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. [c] L. 7. §. 6. Cod. l. c. [d] L. 26. pr. Cod. de usuris. 4. 32. cf. L. 8. §. 4. Cod. h. t.

30 vel 40 annorum in illis contractibus, in quibus usurae promissae sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit, d. h. von der letzten Zinszahlung an? oder (nach Sav.): von dem Tage an, wo zuerſt eine Zinszahlung ausblieb? Gegen Savigny, welcher überhaupt von der Anſicht ausgeht, daß zum Beginn der Verjährung ein rechtverletzendes Vorenthalten der Erfüllung vorausgeſetzt werde, vgl. Bangerow, von welchem Zeitpunkt beginnt die Verjährung der Darlehensklage? im civ. Arch. XXXIII. 2. Seuffert's Arch. V. 272.; dagegen mit Sav. übereinſtimmend I. 312. IV. 201. VI. 3. Ein Argument gegen Savigny's Theorie gewährt auch L. 8. §. 7. D. de prec. 43. 26. Schmidt Interdictenverfahren S. 122. not. 16. — Ueber die angebliche Regel: Actioni nondum natae toties praescribi, quoties nativitas est in potestate creditoris, ſ. Unterholzner II. S. 317. Dagegen Thon a. a. O. S. 2. fgg.

[3] Seuffert's Arch. I. 156. 157. III. 138. VI. 4.

§. 108.

bb) Ablauf der Verjährungszeit.

Die Verjährungszeit iſt vollendet mit dem Ablauf des letzten Kalendertages derſelben [a], wobei als erſter Tag derjenige zu rechnen iſt, an welchem zuerſt geklagt werden konnte (§. 89). Die Dauer der Verjährungszeit aber iſt regelmäßig ein Zeitraum (tempus continuum) von dreißig Jahren [b]. Davon gibt es jedoch viele Ausnahmen, indem verſchiedene Klagen theils erſt in längerer [1], theils ſchon in kürzerer Friſt [2] verjähren (§. 106).

Anm. [1] Eine längere Verjährungszeit und zwar eine vierzigjährige gilt a) für die Pfandklage unter gewiſſen Vorausſetzungen. L. 7. Cod. h. t. b) für diejenigen Klagen der Kirchen und milden Stiftungen, welche der Regel nach in 10, 20 oder 30 Jahren erlöſchen würden. nov. 111. 131. cap. 6. cf. L. 23. Cod. de ss. eccles. 1. 2. nov. 9.; „Sola Romana ecclesia gaudente centum annorum spatio vel privilegio", Auth. *quas actiones* ad L. 23. Cod. cit. can. 17. C. 16. qu. 3., cap. 13. 14. X. de praescriptionibus. 2. 26. cf. can. 2. C. 16. qu. 4., nicht auch für die Klagen der Städte, nov. 111. cf. L. 23. Cod. cit.; auch nicht für Klagen des Fiscus, L. 6. Cod. de iure fisci. 10. 1. L. 6. §. 1. D. de jure fisci. 49. 14. L. 6. Cod. de fundis rei priv. 11. 65., ausgenommen die nicht mehr praktiſche Vindication von Patrimonialgrundſtücken. L. 14. Cod. de fundis patrimon. 11. 61. vergl. Seuffert's Arch. III. 137. 296. 297. — Die Rückforderung gezahlter ungeſetzlicher Spielſchulden ſollte erſt in 50 Jahren erlöſchen. Cod. de aleatoribus. 3. 43.; aber dieß Geſetz iſt eine lex restituta. §. 2. Anm. 4. §. 236. Anm. 2.

[2] Eine kürzere Verjährungszeit beſteht a) für die Klagen aus fiscaliſchen Rechten, und zwar der Regel nach eine Zeit von 20 Jahren, L. 13. pr. D. de div. temp. 44. 3. L. 2. §. 1. ... L. 4. D. de requir. damn. 48. 17.

[a] L. 6. D. de O. et A. 44. 7. [b] L. 3. Cod. h. t.

L. 1. §. 3. D. de iure fisci 49. 14.; rücksichtlich des Anspruchs auf erbloses Vermögen nur von 4 Jahren, L. 1. Cod. de quadr. praescr. 7. 37.; rücksichtlich der commissa von 5 Jahren, L. 2. Cod. de vectig. 4. 61. b) für den Streit über die Rechtsfähigkeit eines Verstorbenen, eine fünfjährige, vom Tode an gerechnet, Dig. ne de statu defunctorum post quiquennium quaeratur. 40. 15. Cod. 7. 21. c) für Popularklagen, L. 8. D. de pop. act. 47. 23., und, der Regel nach, für die prätorischen Strafklagen ein annus utilis; jedoch ist die actio furti manifesti perpetua, „merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit." Gai. IV. 111., pr. J. h. t. Vgl. auch L. 7. §. 6. D. nautae caup. 4. 9. L. 5. §. 5. D. de effusis. 9. 3. L. 13. pr. D. de servo corr. 11. 3. L. 18. D. depos. 16. 3. Dagegen waren auch mehrere uneigentliche (einseitige) prätorische Strafklagen, ausgenommen de eo quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, auf ein Jahr eingeschränkt, namentlich die actio doli, für welche jedoch Constantin ein biennium continuum festgesetzt hat, L. 8. Cod. de dolo. 2. 21., sodann einige Interdicte, L. 1. pr. D. de vi. 43. 16. L. 1. pr. D. uti poss. 43. 17. L. 4. D. de interd. 43. 1. Von allen, wie Sav. S. 353. annimmt, läßt es sich nicht behaupten, während andererseits gewiß ist, daß selbst einzelne Klagen, die nicht ex delicto entstanden, nur annales waren. L. 2. Cod. de const. pec. 4. 18. vgl. L. 35. pr. D. de O. et A. In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum .... Illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, ut quum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. Sed quum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur. Puchta §. 99. not. ff. — Nicht zutreffend ist übrigens der Grund, welcher im pr. J. l. c. angegeben wird: „nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium." Arndts in Linde's Ztschr. XIV. S. 2. d) für verschiedene andere Klagen, die gelegentlich zu erwähnen sind. Eine Zusammenstellung s. bei Göschen Civilrt. I. §. 150.

§. 109.

cc) Bona Fides?

Nach römischem Recht ist die Verjährung der Klage in keinem Falle durch den guten Glauben desjenigen, dem sie zum Vortheil gereicht, bedingt. Nach canonischem Recht aber kann sich der Beklagte durch die Einrede der Verjährung nicht im Besitze einer Sache oder eines Rechts erhalten, wenn erwiesen wird, daß er, beziehungsweise sein Vorgänger, nicht die ganze Verjährungszeit hindurch in gutem Glauben im Besitze gewesen sey, während bei Schuldklagen, die auf eine andere Leistung als auf Restitution widerrechtlich vorenthaltenen Besitzes gehen, auf den guten Glauben des Beklagten nichts ankommt.

Anm. Die Regel des römischen Rechts, welches nur zur Ersitzung, nicht zur Verjährung der Klage, und nur im Anfange des Besitzes bona fides erfordert, L. 8. §. 1. Cod. h. t., ist noch anerkannt in can. 15. C. 16. qu. 3. Allein cap. 5. X. de praescript. 2. 26. (Alexander III.) sagt: Vigilanti studio cavendum est, ne malae fidei possessores simus in praediis alienis; quoniam nulla antiqua dierum possessio iuvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se noverit aliena possidere: cum bonae fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator solum propter vitandam miserorum segnitiem et longi temporis errorem et confusionem, primus tricennali vel quadragenali praescriptioni vigorem legis imposuit. Nobis autem tam in rebus cognitis quam latentibus placuit non habere vigorem. Sodann cap. 20. X. eod. (Innocent. III.) Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica quam civilis: cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae. cf. cap. 3. de R. J. in 6to. Sine possessione praescriptio non procedit. — Ueber die Entstehung obiger Decretalen und deren Bedeutung vgl. Hildenbrand de bona fide rei propriae debitori ad temporis praescriptionem haud necessaria. Monachii 1843. (angezeigt in krit. Jahrb. VII. S. 561...563.) — Es gibt vier Hauptmeinungen: a) Die Neuerung des canonischen Rechts beschränkt sich nur auf die Ersitzung. Kierulff S. 206...209. Seuffert Erörtr. I. S. 134. fgg. b) Sie bezieht sich auf jede Verjährung, also auch auf jeden Fall der Klagenverjährung. Thibaut Besitz und Verjährung S. 82. 106., übereinstimmend mit den meisten ältern Praktikern. c) Sie erstreckt sich außer der Ersitzung nur auf die Verjährung der Eigenthumsklage oder der in rem actiones überhaupt. Puchta §. 90. not. aa. d) Sie betrifft die Klagenverjährung in dem im §. bezeichneten Umfange. Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. Erlangen 1820. §§. 19...31. Unterholzner I. §. 92. Sav. §. 244...246. Vgl. Hildenbrand l. c. und im civ. Arch. XXXVI. 2. — Die Praxis ist noch schwankend, jedoch gegen b). Seuffert's Arch. I. 6. 210. 403. II. 320. VII. 4.

§. 110.

γ) Hinderungen der Verjährung.

Die Verjährung der Klage wird 1) in ihrem Ablauf aufgehalten a) durch Unmündigkeit des Klagberechtigten [a], b) durch Minderjährigkeit desselben, wenn die Verjährungszeit nicht dreißig Jahre ausmacht [b], c) durch gewisse rechtliche Hindernisse, welche zeitweise der Anstellung der Klage im Wege stehen [c] (agere non

[a] L. 3. Cod. h. t. cf. nov. 22. cap. 24. in f. [b] L. 5. Cod. in quib. caus. i. i. r. n. n. c. 2. 41. [c] §. 29. J. de rer. div. 2. 1. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. L. 1. §. 2. Cod. h. t. 7. 40. L. 22. §. 11. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 8. in f. Cod. qui bon. ced. 7. 71.

valenti non currit praescriptio), d) durch einige factische Hindernisse der Klaganstellung, insbesondere Kriegsereignisse [d]. In diesen Fällen beginnt die Verjährung nicht oder die begonnene steht still (praescriptio dormiens), so lange das Hinderniß besteht. Unwissenheit des Klagberechtigten hindert die Verjährung nicht [e], ausgenommen sofern sie unter Umständen bei der Berechnung des tempus utile der Temporalklagen in Betracht kommen kann [f]. Die Verjährung wird 2) unterbrochen, so daß die schon abgelaufene Zeit nichts mehr gilt und nur eine neue Verjährungszeit wieder anfangen kann: a) durch Anstellung der Klage [g], auch durch Erhebung derselben bei einem erwählten Schiedsrichter [h]; für die angestellte, aber nicht durchgeführte Klage tritt eine neue Verjährung von 40 Jahren ein, von der letzten Proceßhandlung an gerechnet [i]; b) durch Verwahrung (Protestation) bei der Obrigkeit oder auch außergerichtlich unter Zuziehung von drei Zeugen, unter Umständen, wo die wirkliche Anstellung der Klage nicht thunlich ist [k]; c) durch jede Anerkennung des klagbaren Rechtsanspruchs von Seiten des Beklagten, z. B. Abschlagzahlung, Pfandbestellung u. dgl. [l], insbesondere auch durch Zinszahlung [m]; d) durch Wegfall der die Klage veranlassenden Verletzung, also bei Klagen gegen den Besitzer durch Verlust des Besitzes oder Uebergang desselben auf einen Andern, der nicht Rechtsnachfolger des bisherigen Besitzers ist [n].

Anm. Ueber die sog. Verjährung der Litispendenz (not. i.) vgl. Linde in dessen Ztschr. II. 5. 6. — In Betreff der prätorischen Temporalklagen kommt im römischen Recht noch eine jetzt unpraktische Unterbrechung der Verjährung per libellum principi oblatum vor. L. 2. Cod. quando libellus principi datus litis contestationem faciat. 1. 20. — Die Frage, ob bei der Verjährung der Klagen gegen Besitzer auch accessio possessionis stattfinde (not. n.) wird verneint z. B. von Kierulff S. 200. Dagegen Sav. S. 362...364. Dernburg im civ. Arch. XXXIV. 12.

[d] cap. 10. X. h. t. 2. 26. cf. cap. 14. 15. eodem. can. 10. C. 16. qu. 3. [e] L. 3. h. t. cf. L. 12. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. [f] L. 15. §. 4. D. quod vi. 43. 24. L. 6. D. de calumniat. 3. 6. L. 55. D. de aed. ed. 21. 1. cf. L. 19. §. 6. ibid. L. 8. Cod. de dolo. 2. 21. (§. 90.). [g] L. 3. 7. pr. §. 5. Cod. h. t. 7. 39. L. 3. Cod. h. t. 7. 40. L. 5. Cod. de duob. reis. 8. 40. cf. L. 139. pr. D. de R. J. L. 9. §. 3. D. de iureiur. 12. 2. L. 8. in f. D. de fideiuss. tut. 27. 7. [h] L. 5. §. 1. Cod. de rec. arb. 2. 56. [i] L. 9. Cod. h. t. 7. 39. L. 1. §. 1. Cod. h. t. 7. 40. cf. L. un. §. 1. in f. Theod. Cod. h. t. [k] L. 2. Cod. h. t. 7. 40. [l] L. 7. 2. 5. Cod. h. t. 7. 39. L. 5. Cod. de duob. reis. 8. 40. [m] L. 8. §. 4. Cod. h. t. 7. 39. [n] L. 7. §. 1. L. 8. §. 1. Cod. h. t. 7. 39. L. 14. Cod. de fund. patrimon. 11. 61.

§. 111.

δ) Wirkung der Klagenverjährung.

Die Verjährung der Klage erzeugt eine Einrede zum Schutze des Beklagten, praescriptio oder exceptio temporis, auch temporalis exceptio, insbeſondere 30 vel 40 annorum praescriptio, oder ſogenannte longissimi temporis praescriptio, beziehungsweiſe annalis oder annua exceptio. Das Recht ſelbſt, welches der Klage zum Grunde liegt, wird dadurch unmittelbar nicht aufgehoben. Unbeſtritten iſt dieß bei dinglichen Klagen, ſofern keine Erſitzung hinzukommt. Sehr ſtreitig aber iſt die Frage, ob die Einrede der Verjährung gegen eine perſönliche Klage die dieſer zum Grunde liegende Obligatio gänzlich unwirkſam mache, oder die Wirkungen einer naturalis obligatio beſtehen laſſe? eine Frage, die in die Lehre von der Aufhebung der Obligationen gehört (§. 279). Damit hängt zum Theil auch die Frage zuſammen, welchen Einfluß die Verjährung auf Einreden habe, welche ſonſt an ſich, ihrer Natur nach, der Verjährung nicht unterworfen ſind, da ihr Vorbringen, durch die Anſtellung der Klage bedingt, nicht von dem Berechtigten abhängt.

Anm. L. 5. §. 6. D. de doli exc. 44. 4. Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est; nam haec perpetuo competit; quum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur. — Verjährbarkeit der Einreden, wo aus demſelben Grunde zugleich eine Klage zuſteht (Tant dure l'action, tant dure l'exception), behaupten u. A. Sommer, rechtswiſſenſchaftliche Abh. Gießen 1818. S. 1...56. Unterholzner II. §§. 156...160. Sint. §. 32. not. 39. Dagegen: „quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua", Sav. §§. 253...255. Puchta §. 95. not. b. und Vorleſ. I. S. 199. Seuffert's Arch. I. 159. — Nicht hieher gehört es, daß Einreden durch Verſpätung des Vorbringens im Proceß verloren gehen können.

§. 112.

5) Uebertragung der Klagen auf Andere.

Klagen können, activ und paſſiv, durch Vererbung auf einen Andern übergehen (§. 104). Aber es können auch einzelne Klagrechte einem Andern übertragen werden, indem der eigentlich Klagberechtigte dieſen ermächtigt, an ſeiner Statt die Klage anzuſtellen, und zugleich demſelben geſtattet, dasjenige, was er dadurch erſtreitet, für ſich zu behalten und darüber als über das Seinige zu verfügen.

Dieß ist Cession der Klage, cedere actionem oder actione, gleichbedeutend mit mandare actionem [a]. Der Uebernehmer (Cessionar) kann in Folge dessen als Stellvertreter des Klagberechtigten (des Cedenten) die Klage erheben, aber zu eigenem Vortheile, d. i. als procurator in rem suam [b]. Die Cession ist sowohl bei dinglichen als bei persönlichen Klagen möglich [c], sofern nur der Erfolg derselben übertragbar ist. Sie ist aber vorzüglich für persönliche Klagen wichtig, und wird daher in der Lehre von den Obligationen näher erörtert werden (§. 254—259). Andrerseits kann auch Jemand eine Klage für den eigentlichen Beklagten als procurator in rem suam aufnehmen, d. h. in der Weise an dessen Stelle treten, daß er für ihn auch der möglichen Verurtheilung persönlich sich unterwirft und zur Erfüllung der daraus hervorgehenden Verpflichtungen sich anheischig macht [d]. Doch wird dadurch dem Berechtigten nur, sofern er darin einwilligt, die Möglichkeit, den wahren Gegner selbst in Anspruch zu nehmen, benommen [e].

§. 113.

B. Von dem Streitverhältniß unter den Parteien.

Durch den wirklichen Beginn des Rechtsstreites entsteht ein neues vertragähnliches Verhältniß unter denjenigen, die sich nun als streitende Theile gegenüberstehen. Indem sie dem endlichen Ergebniß dieses Rechtsstreites sich zu unterwerfen haben, hängt nun für sie von dessen Ausgang die Gestaltung des streitigen Rechtsverhältnisses ab. Während der Beklagte verlangen kann, daß er wegen desselben Anspruches nicht in mehrere Processe verwickelt werde, muß er seinerseits dem Kläger auch gerecht werden, so wie dessen Anspruch in diesem Verfahren als begründet erkannt wird. Von der durch den Rechtsstreit verursachten Zögerung soll er keinen Vortheil ziehen, vielmehr die Möglichkeit eines dem Gegner günstigen Urtheils vorsehend, schon im Voraus darauf Bedacht nehmen, daß demselben durch jene Zögerung kein Nachtheil entstehe; er ist insofern schuldig, diesem zu erstatten, was ihm in Folge derselben entgeht. Hieraus

[a] L. 3. §. 5. D. de in rem verso. 15. 3. L. 1. §. 16. D. si quadrup. 9. 1. [b] L. 2. §. 5. D. fam. erc. 10. 2. L. 8. §. 10. D. mand. 17. 1. L. 34. 55. D. de procurat. 3. 3. L. 13. §. 1. D. de pactis. 2. 14. L. 24. pr. D. de minor. 4. 4. [c] L. 21. D. de rei vind. 6. 1. L. 14. pr. D. de furtis. 47. 2. [d] L. 4. pr. D. de re iud. 42. 1. L. 66. §. 2. D. de eviction. 21. 2. L. 42. §. 2. D. de procurat. 3. 3. [e] L. 29. D. l. c.

ergeben ſich oder ſtehen doch mehr oder weniger damit in Verbindung verſchiedene Wirkungen, welche der begonnene Proceß rückſichtlich des in Streit befangenen Rechtsverhältniſſes hervorbringt. Der Moment des Verfahrens, mit welchem nach römiſchem Recht dieſe Wirkungen regelmäßig eintreten, iſt die Litisconteſtatio, d. i. diejenige Parteiverhandlung vor Gericht, wodurch zuerſt der Beklagte auf das Vorbringen des Klägers in ſolcher Weiſe ſich erklärt, daß daraus die Nothwendigkeit richterlicher Entſcheidung, alſo Daſeyn und Inhalt des Rechtsſtreites ſich ergibt. Indeſſen ſind ſchon nach römiſchem Recht mehrere von jenen Wirkungen auf die Anſtellung der Klage und deren Mittheilung (Inſinuation) an den Beklagten übertragen; nach heutigem Recht aber, in welchem der Begriff der Litisconteſtation bedeutend modificirt worden iſt, erſcheint jener Zeitpunkt als der geeignete Moment, mit welchem die meiſten der fraglichen Wirkungen zu verbinden ſind.

Anm. [1] Ueber dieſe Lehre, in welcher faſt alle einzelnen Punkte ſtreitig ſind, hat uns die neueſte Zeit, nach Entdeckung der hiefür beſonders wichtigen Inſtitutionen des Gaius, mehrere treffliche Arbeiten geliefert: Keller, über Litisconteſtation und Urtheil nach claſſiſchem R. Rt. Zürich 1827. — Wächter, Erörtr. Heft III. (1846.) — Buchta, die Lehre von dem Einfluß des Proceſſes auf das materielle Rechtsverhältniß, 2 Thle. Roſtock 1846. 47. — Savigny, Syſtem §. 246...279. Bd. VI. S. 1...256. (1846.) — Vgl. auch Sintenis, Erläutr. zu verſchiedenen Lehren des Civilproc. I. S. 90...210, und Roßhirt, zur Lehre von den Wirkungen des Proceſſes auf das materielle Recht. Heidelberg 1848.

[2] Nach dem älteren römiſchen Verfahren war die Litisconteſtatio ein beſonderer, urſprünglich mit Anrufung von Zeugen verbundener Act, welcher den Schluß der den Rechtsſtreit einleitenden Verhandlungen vor dem Magiſtratus (in iure) bildete, wonach die Sache in das nun conſtituirte Judicium (im engern Sinne) überging (Lis contestata, iudicium acceptum). In extraordinariis iudiciis, und ſo denn nach ſpäterem Recht in allen Fällen, vertrat deren Stelle die im Text bezeichnete erſte Parteiverhandlung vor dem Richter. L. un. Cod. de litis contest. 3. 9. Lis enim tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit. L. 14. §. 1. Cod. de iud. 3. 1. Cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam. Keller §. 1...6. Sav. §. 257. 258. Im heutigen gemeinen Proceß verſteht man unter L. C. (Kriegsbefeſtigung, Einlaſſung) die Erklärung des Beklagten auf die zur Begründung der Klage angeführten Thatſachen. Sav. §. 259. Wächter S. 74...84

[3] Nach älterem R. R. wurde durch die L. C. das bisherige Klagrecht zerſtört (conſumirt), bald ipso iure (nämlich perſönliche Klagen in legitimis iudiciis mit formula in ius concepta), bald per exceptionem rei in litem

deductae, so daß nun dieselbe Klage nicht mehr wirksam angestellt werden konnte, der Kläger also schlechthin auf den Erfolg dieses Rechtsstreites angewiesen war. Gai. III. 180. 181. IV. 104...109. Daher, wie Gajus sagt (§. 180. cit.): apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. Es war alte Rechtsregel: „bis de eadem re ne sit actio", gegen deren unbillige Anwendung jedoch unter Umständen wohl prätorische Hülfe gewährt wurde. Vgl. darüber jetzt noch vorzüglich Bekker, die processualische Consumption im classischen R. R. Berlin 1853., recens. v. Dernburg i. d. heidelb. krit. Ztschr. II. S. 339 fg. Im spätern Rechte ist die directe Consumption, wegen Mangels der angegebenen Voraussetzungen, von selbst weggefallen; auch die exceptio rei in litem deductae findet sich im Justinianischen Rechte nicht genannt; zudem sind verschiedene Consequenzen der alten Regel ausdrücklich aufgehoben; dagegen aber andere auch im Justinianischen Recht noch aufgenommen, was man nicht überall als Versehen zu betrachten berechtigt ist. Vgl. z. B. §. 171. Anm. 2. Bekker a. a. O. S. 11. Jedenfalls kann der Beklagte, gegen den ein Rechtsstreit bereits anhängig ist, die gleichzeitige Erhebung eines andern Rechtsstreites wegen desselben Anspruchs durch eine Einrede abwehren, die man heutzutage die Einrede der Litispendenz nennt. Buchka II. S. 107...146.

[4] Ein materieller Einfluß der L. C., beziehungsweise der Insinuation der Klage, zeigt sich nach Justinianischem Recht in folgenden Punkten:

a) Der Zeitpunkt der L. C. kommt zunächst in Betracht bei der Frage nach der Existenz des der Klage zum Grunde liegenden Rechts. Spätere Entstehung desselben hilft dem Kläger nicht zum Siege in diesem Proceß. L. 23. 35. D. de iud. 5. 1. cf. L. 11. §. 4. 5. D. de exc. rei iud. 44. 2., L. 7. §. 7. D. ad exhib. 10. 4., L. 47. D. de solut. 46. 3. L. 37. pr. §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. L. 34. pr. D. de min. 4. 4. (Nicht widersprechend L. 17. D. mand. 17. 1. Sav. S. 68.) Jedoch ist diese Regel modificirt durch cap. 3. de sent. in 6to. 2. 14. Auch bezieht sie sich nicht auf das Daseyn bloß factischer Voraussetzungen zur Verurtheilung des Beklagten. L. 30. pr. D. de peculio. 15. 1.

b) Der Beklagte ist schuldig, nicht nur herauszugeben, was er während des Rechtsstreites durch die Verzögerung der Befriedigung des Klägers gewinnt, sondern auch den versäumten Gewinn, so wie den eingetretenen Verlust zu ersetzen, sofern ihm in dieser Beziehung eine Schuld beizumessen ist; wer aber mit wissentlichem Unrecht (mala fide) dem Kläger seine Sache vorenthält, ist eben deßhalb schon in Schuld und haftet daher selbst für den zufälligen Schaden. Hierauf bezieht sich die (jedoch nach ihrem Wortlaut etwas zu weit greifende) Regel: ut post acceptum iudicium id actori praestetur (oder causa omnis restituenda sit, id est omne), quod habiturus esset actor, si statim litis contestatae tempore res ei reddita fuisset oder si controversia ei facta non esset. L. 40. pr. D. de her. pet. 5. 3. L. 17. §. 1. L. 20. D. de rei vind. 6. 1. L. 31. pr. D. de reb. cred. 12. 1. L. 35. 75. D. de V. S. In Verbindung damit steht die Regel: post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse (quinimo post motam controversiam).

L. 25. §. 7. D. de her. pet. 5. 3., d. h. den redlichen Besitzer treffen von nun an gleiche Verpflichtungen, wie den unredlichen, L. 45. D. de rei vind. 6. 1. L. 32. Cod. eod. 3. 22., was jedoch nicht auch rücksichtlich der Haftung für den Zufall gilt: nec enim debet . . . propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere. L. 40. pr. vgl. L. 36. §. 4. D. de her. pet. 5. 3. Als der entscheidende Zeitpunkt dafür wird zunächst ebenfalls die L. C. angegeben; aber bei dem Erbschaftsstreite ist diese Wirkung ausdrücklich schon mit der Mittheilung der Klage verbunden. L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. D. l. c. (bestritten von Sav. S. 84...95; vgl. dagegen Arndts im Rtslex. V. S. 227. fg.), und dieß wird mit gutem Grund auch auf andere Fälle ausgedehnt. arg. L. 75. D. de V. S. L. 2. Cod. de fruct. 7. 51. §. 2. J. de off. iud. 4. 17. Vgl. Wächter S. 105...110. Buchta S. 69...75.

c) Mit der Regel unter b) hängt es zusammen, daß, wenn durch die Streitzögerung das der Klage zum Grunde liegende Recht verloren geht, nichtsdestoweniger Verurtheilung des Beklagten erfolgen kann. L. 17. in f. L. 18. D. de rei vind. 6. 1. L. 2. §. 21. D. pro emt. 41. 4. L. 8. §. 4. 5. D. si serv. vind. 8. 5. L. 10. D. de usufr. accresc. 7. 2. cf. L. 35. in f. D. de V. S. Wächter S. 124...134. Zu weit geht Sav. §. 261. Puchta §. 96. not. k. Vgl. Römer, das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Einleitung des Processes in seinem Verhältniß zum Endurtheil. Stuttgart 1852., und darüber Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 253. fg. 397. fg.

d) Nach gleichem Gesichtspunkte ist auch die fortdauernde Haftung des mit einer Noxalklage Belangten, welcher später die Möglichkeit der noxae datio verliert, zu beurtheilen, die man mit Unrecht als unbedingte annimmt. L. 1. §. 13. 16. D. si quadrup. 9. 1. L. 37. 38. pr. D. de noxal. act. 9. 4.

e) Der Proceß unterbricht die Verjährung der Klage, wonach denn eine neue vierzigjährige Verjährung beginnen kann. Diese Wirkung ist nach Justinianischem Recht schon mit der Insinuation der Klage verbunden. L. 7. pr. §. 1. Cod. de 30 ann. praescr. 7. 39. L. 3. §. 1. Cod. de ann. exc. 7. 40. Doch wollen Manche bei allen, Andre wenigstens bei Temporalklagen sie erst mit der L. C. eintreten lassen. Unterholzner Verj. I. S. 444. Vgl. §. 160. Nach Andern soll zwar die Unterbrechung der Verjährung schon früher, die Möglichkeit vierzigjähriger Verjährung (sog. Perpetuation der Klage) aber erst nach der L. C. eintreten. Puchta §. 96 not. f. g. Wieder Andere legen jene Wirkung schon dem Anbringen der Klage bei. Sint. §. 31. not. 52. vgl. Linde's Zeitschr. n. F. VIII. S. 276 fg. — Dagegen Sav. V. §. 242. 243. Wächter S. 89...97.

f) Nach der L. C. gehen sonst unvererbliche Klagen activ und passiv auf die Erben über (§. 104). — Bei der Inofficiosităts querel ist dazu schon der an den Tag gelegte Wille zur Anstellung hinreichend. — Die Klage wegen Landfriedensbruch soll, gemäß der KGO. II. 9. §. 6. RDA. von 1557. §. 22., schon nach der Insinuation unbedingt gegen die Erben gehen. Wächter S. 111...114. Sav. S. 250.

g) Wer, als vermeintlicher Besitzer belangt, den Kläger täuschend auf die Klage sich einläßt, als ob er wirklich besitze, qui liti se obtulit, haftet gleich

einem wirklichen Besitzer. L. 45. D. de her. pet. 5. 3. L. 25...27. pr. D. de rei vind. 6. 1.

h) Nach der L. C. kann die Sache, welche Gegenstand des Streites ist, res litigiosa, nicht mehr veräußert, die Klage, actio litigiosa, nicht mehr cedirt werden; die Veräußerung oder Cession ist nichtig. Dig. de litigiosis. 44. 6. Cod. 8. 37. cf. fragm. de iure fisci. §. 8. L. un. Th. Cod. de litigiosis. 4. 5. Nach nov. 112. cap. 1. aber tritt in Ansehung vindicirter Sachen das Veräußerungsverbot schon von der Mittheilung der Klage an in Wirksamkeit. Ausgenommen sind unfreiwillige Veräußerungen, sodann Veräußerung durch Vergleich, Erbtheilung, Vermächtniß und Bestellung einer Dos oder Donatio propter Nuptias. L. 13. D. fam. erc. 10. 2. L. 4. in f. Cod. de litig. 8. 37. Vgl. Bachofen auserwählte Lehren Abh. II., Zimmermann im civ. Arch. XXXV. 13. XXXVI. 3., den letzten besonders über die (sehr beschränkte) heutige Anwendbarkeit der römischen Vorschriften.

[b] Bezüglich der Frage, welcher Proceßact nach heutigem Recht für die angegebenen materiellen Wirkungen der entscheidende sey, gibt es drei Hauptansichten: a) die eine hält sich, einzelne Modificationen abgerechnet, an die Vorschriften des R. Rechts, indem sie die heutige L. C. der römischen gleichstellt. Wächter S. 89. fg. b) die andere setzt allgemein, wenigstens rücksichtlich des materiellen Einflusses, welchen die Dauer des Rechtsstreites auf das streitige Rechtsverhältniß äußern mag, an die Stelle der römischen L. C. die Mittheilung der Klage an den Beklagten. Sav. S. 243. fg. c) die dritte betrachtet nach innern Gründen bald die Erhebung der Klage (für 4. e. und f.), bald, und zwar in den meisten Beziehungen, deren Mittheilung, bald (für 4. g.) die heutige L. C. als den entscheidenden Moment. Sintenis Erläutr. S. 145. fg. Civilrt. §. 33. Dem Wesen des heutigen Verfahrens, in Verbindung mit den gesetzlichen Bestimmungen des römischen Rechts, entspricht am besten die zweite Meinung, jedoch mit Ausnahme des von Sav. auch nicht mitaufgeführten Punktes unter 4. g., wobei nach der Natur der Sache eine einläßliche Erklärung des Beklagten vorausgesetzt wird.

C. Vom Beweise [a].

§. 114.

1) Gegenstand des Beweises. Beweislast.

Die richterliche Entscheidung über das streitige Rechtsverhältniß hängt von der erkannten Wahrheit der Thatsachen ab, auf welche sich das Begehren der einen und andern Partei gründet. Diese müssen daher bewiesen, d. h. dem Richter müssen genügende Gründe zu deren Fürwahrannahme gegeben werden. Gegenstand des Beweises sind eben nur Thatsachen (denn iura novit curia); und zwar erhebliche (relevante) Thatsachen, d. i. solche, auf die bei Entscheidung des

[a] Dig. de probationibus et praesumtionibus. 22. 3. Cod. de probationibus. 4. 19. X. 2. 19. Clem. 2. 7.

Rechtsſtreites etwas ankommt, und nur ungewiſſe Thatſachen, daher nicht notoriſche, d. i. ſo allgemein bekannte, daß keine Partei ſie beſtreiten kann [b], eben ſo wenig ſolche, deren Beſtreitung vermöge einer Rechtsvorſchrift unzuläſſig iſt [c] (für die eine ſog. praesumtio iuris et de iure beſteht), endlich auch diejenigen nicht, die unter den Parteien wirklich nicht ſtreitig ſind. Was nämlich eine Partei in der Proceßverhandlung ſelbſt zu ihrem Nachtheil einräumt, es ſey zunächſt eine Thatſache oder unmittelbar ein Rechtsverhältniß, das gilt eben deßhalb als wahr [d], und wenn ſie den Anſpruch des Gegners vollſtändig einräumt, ſo iſt dadurch der Streit ſelbſt entſchieden [1], ſofern nicht das Geſtändniß etwa noch einer Anfechtung unterliegt [e]. Weil aber dieſes ſonach mittelbar eine Verfügung über den Gegenſtand des Streites enthält, ſo kann es nur wirkſam ſeyn, wenn und ſoweit der Geſtändige darüber zu verfügen fähig und berechtigt iſt [f].

In Anſehung ſtreitiger Thatſachen nun liegt die Nothwendigkeit des Beweiſes (Beweislaſt, onus probandi) derjenigen Partei ob, welcher daran gelegen iſt, den Richter von deren Wahrheit zu überzeugen, weil davon eine ihr günſtige Entſcheidung abhängt. So hat zunächſt der Kläger [g] die poſitiven oder negativen [h] Thatſachen zu beweiſen, durch welche die Klage, ſodann der Beklagte [i] diejenigen, wodurch ſeine Exceptio begründet worden, u. ſ. w. [2]. Jedoch genügt es, die thatſächlichen Vorausſetzungen der Entſtehung des die Klage oder Einrede erzeugenden Verhältniſſes zu beweiſen, und zwar nach den regelmäßig dabei hervortretenden Momenten. Die Aenderung des einmal entſtandenen Verhältniſſes, alſo die Aufhebung des einmal erworbenen Rechts [k], oder das Daſeyn beſonderer Hinderniſſe, welche der regelmäßigen Wirkung der erwieſenen Thatumſtände entgegengeſtanden [l], muß von der Gegenpartei, die ſich darauf beruft, bewieſen werden [3]. Ebenſo fällt auch ſonſt noch in verſchiedenen Fällen der Gegenpartei der Beweis zur Laſt, weil eine

[b] cap. 3. X. de testib. 2. 21. [c] cap. 30. X. de sponsal. 4. 1. [d] Dig. de confessis. 42. 2. L. un. Cod. de confessis. 7. 59. cf. Dig. de interrogationibus in iure. 11. 1. [e] L. 2. 7. D. h. t. 42. 2. L. 11. §. 8...16. D. de interrog. 11. 1. cap. 3. X. de confessis. 2. 18. [f] L. 6. §. 4. 5. D. h. t. 42. 2. [g] L. 2. 21. D. de probat. 22. 3. L. 2. 8. 15. 20. 23. Cod. h. t. 4. 19. [h] L. 25. pr. D. h. t. 22. 3. L. 5. Cod. de codicillis. 6. 36. [i] L. 9. 19. pr. L. 25. §. 2. D. h. t. L. 1. D. de except. 44. 4. L. 19. Cod. h. t. [k] L. 12. 22. 25. §. 2. in f. D. h. t. L. 1. 16. Cod. h. t. L. 10. Cod. de pign. act. 4. 24. [l] L. 5. 9. 17. D. h. t. L. 11. Cod. h. t. L. 5. Cod. de codicillis. 6. 36. cf. L. 13. §. 2. D. de publ. act. 6. 2. cap. 16. X. de praesumt. 2. 23.

Thatsache vermöge rechtlicher Vorschrift (praesumtio iuris) für wahr anzunehmen ist, so lange nicht das Gegentheil bewiesen wird; so namentlich der gute Glaube [m], die sog. naturalia negotii [n], u. a. Die bloße Wahrscheinlichkeit einer Thatsache aber (praesumtio hominis oder facti) befreit vom Beweise nicht [o].

Anm. [1] L. 1. D. h. t. Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. L. 6. pr. §. 2. ibid. Certum confessus pro iudicato erit: incertum non erit. — Sed et si fundum vindicem meum esse, tuque confessus sis, perinde habearis atque si dominii mei fundum esse pronunciatum esset; . . . . et omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato haberi. L. 56. D. de re iud. 42. 1. Post rem iudicatam vel iureiurando decisam vel confessionem in iure factam nihil quaeritur post orationem D. Marci, quia in iure confessi pro iudicatis habentur. cf. L. 25. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Notandum est, quod in hac actione, quae in confitentem datur (confessoria actio), iudex non rei iudicandae, sed aestimandae datur; nam nullae partes sunt iudicandi *(iudicantis?)* in confitentes. Vgl. Bethmann-Hollweg Versuche, Abh. IV. Sav. §. 302...308. Bd. VII. S. 1...47. — Ueber interrogationes in iure (Dig. 11. 1.) vgl. Sav. §. 305.

[2] L. 2. D. h. t. 22. 3. Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat. L. 21. ibid. Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit. L. 4. Cod. de edendo. 2. 1. Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit. — (Actore non probante reus absolvitur) — L. 23. Cod. h. t. 4. 19. Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. L. 15. D. de op. nov. nunc. 39. 1. „. . . ut de iure suo probare necesse haberet, id enim esse petitoris partes sustinere.“ — L. 1. D. de except. 44. 1. Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est. L. 19. D. h. t. 22. 3. In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem, velut intentionem, implere. Vgl. Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceſſe. Halle 1805. Ausgabe von Heffter 1832. Bethmann-Hollweg Versuche, Abh. V. Dazu Helmolt, über das Verhältniß der Exceptionen zur Beweislaſt, Gießen 1852., jedoch darüber Bekker in der Heidelb. krit. Ztſchr. II. S. 88. fg.; ſodann Römer, die Beweislaſt hinſichtlich des Irrthums. Stuttgart 1852.

[3] Ueber den Beweis von Bedingungen vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 354. fg. Haſſe im Rh. Muſ. III. S. 134. fg. Puchta Vorleſ. I. §. 99. Götting in Linde's Ztſchr. III. 5.

[m] arg. L. 18. §. 1. D. h. t. L. 30. Cod. de evict. 8. 44. [n] L. 9. D. h. t. L. 24. 25. ibid. [o] L. 10. 17. 22. Cod. h. t. 4. 19.

§. 115.

2) Beweisführung. Eid.

Die Lehre von der Art und Weise der Beweisführung und den Beweismitteln gehört dem Proceßrecht an. Unter diesen sind besonders wichtig Urkunden, documenta, instrumenta [a], und Zeugen, testes [b] (auch instrumenta im w. S.), welche beide auch zur Form von Rechtsgeschäften gehören können (§. 64). Eine besondere zugleich civilrechtliche Bedeutung aber hat in dieser Beziehung der Eid, iusiurandum, iuramentum [c], d. i. die feierliche Bekräftigung einer Erklärung unter Berufung auf einen heilig gehaltenen Gegenstand [d], nach christlichem Gebrauche unter Anrufung Gottes. Die Erklärung, welche durch den Eid bekräftigt wird, kann entweder in einer Zusage bestehen, oder in einer Aussage über Thatsachen oder Rechtsverhältnisse. Im ersten Fall nennt man den Eid iusiurandum promissorium, Versprechungseid (§. 93), im andern Fall iusiurandum assertorium, Versicherungs- oder Bestätigungseid. Dieser nun kommt in Processen auf verschiedene Art zur Anwendung, um eine Entscheidung über streitige Punkte herbeizuführen [e]. Es kann nämlich

1) eine Partei der andern den Eid zuschieben (iusiurandum deferre), d. h. ihr antragen, durch ihre eidliche Aussage selbst über das unter ihnen Streitige zu entscheiden [f]. Sie muß alsdann, wenn nach ihrem Antrag der Eid geleistet wird, das Beschworne als wahr anerkennen [g], und solchergestalt kann denn über das streitige Rechtsverhältniß selbst durch Eid einer Partei entschieden werden [h], gleichwie durch Geständniß oder Urtheil [i]. Der Eidesantrag im Proceß hat aber andrerseits die Wirkung, daß die zum Eide aufgeforderte Partei als geständig des Gegentheils des von ihr zu Beschwörenden behandelt wird, wenn sie den Eid abzuleisten sich weigert. Doch kann sie auch, statt selbst zu schwören, den Eid zurückschieben, referre iusiurandum, d. h. der Gegenpartei überlassen, das Gegentheil zu beschwören, was alsdann diese nur mit gleichem Nachtheil

[a] Dig. de fide instrumentorum et amissione eorum. 22. 4. Cod. 4. 21. [b] Dig. de testibus. 22. 5. Cod. 4. 20. [c] Dig. de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali. 12. 2. Cod. de reb. cred. et iureiurando. 4. 1. cf. X. de iureiurando. 2. 24. Sextus 2. 11. Clem. 2. 9. [d] L. 3. §. 4. ... L. 5. pr. §. 1. 3. L. 33. D. h. t. [e] L. 1. D. h. t. [f] L. 2. 3. pr. D. h. t. L. 25. §. 3. D. de probat. 22. 3. [g] L. 1. 2. Cod. h. t. L. 21. D. de dolo. 4. 3. [h] L. 3. 7. et sqq. D. h. t. L. 8. Cod. h. t. L. 56. de re iud. 42. 1.

verweigern kann [i]. Erlassung des angenommenen Eides von Seiten des Deferenten oder Referenten ersetzt die wirkliche Ableistung [k]. Demnach enthält die Zuschiebung oder Erlassung des Eides mittelbar eine Verfügung über den Gegenstand des Streites, und setzt daher die Fähigkeit und Berechtigung zu solcher Verfügung voraus [l].

2) Ist ein Beweis unvollständig geführt, so kann nach Umständen der Richter der beweisführenden Partei oder der Gegenpartei auferlegen, denselben durch ihren Eid zu ergänzen (iusiurandum suppletorium), beziehungsweise zu entkräften (iusiurandum purgatorium) [m]. Diese Eide sind rein processualischer Natur.

3) Häufig wird dem Kläger gestattet, den Betrag des vom Beklagten zu leistenden Schadensersatzes durch eidliche Angabe selbst zu bestimmen. Ein solcher Schätzungs- oder Würderungseid, iusiurandum in litem [n], findet vorzugsweise [2] bei Klagen auf Restitution oder Exhibition [o], und zwar wegen Ungehorsams (contumacia) oder erwiesener grober Schuld (dolus und lata culpa) des Beklagten [p], statt, wenn nicht die Größe des Schadens ohnehin gewiß ist [q]; sonst nur im Nothfall, wo der Werth auf andre Art nicht zu ermitteln ist [r]. Der Richter ist es, welcher diesen Eid deferirt, und dieser kann denn auch nach Umständen entweder vorher ein höchstes Maß der Schätzung festsetzen, welches der Schwörende nicht überschreiten soll (iusiurandum in litem cum taxatione delatum), oder, wenn der Eid ohne solche Beschränkung gestattet worden [3], nachher die offenbar übermäßige Schätzung herabsetzen [s]. Ein besonderer Fall des Schätzungseides ist das sog. iusiurandum Zenonianum [t], zu Bestimmung des Schadens, den man bei gewaltsamer Besitzentsetzung erlitten, welches aber nur in Ermanglung andrer

[i] L. 34. §. 6...9. L. 38. D. h. t. L. 25. §. 1. D. de pec. const. 13. 5. cf. L. 34. §. 4. L. 37. D. h. t. [k] L. 6. 9. §. 1. L. 41. D. h. t. L. 1. 8. Cod. h. t. [l] L. 9. §. 4. 5. L. 17. §. 1. L. 22. L. 32. 34. §. 1. L. 35. pr. §. 1. D. h. t. L. 4. Cod. h. t. cf. L. 9. §. 6. L. 23...26. §. 1. L. 42. pr. §. 2. D. h. t. [m] L. 1. 31. D. h. t. L. 3. 12. pr. Cod. h. t. cap. 36. §. 1. X. h. t. [n] Dig. de in litem iurando. 12. 3. Cod. 5. 53. [o] L. 2. §. 1. L. 5. pr. L. 8. D. h. t. L. 18. pr. §. 1. D. de dolo. 4. 3. L. 68. D. de rei vind. 6. 1. L. 7. D. si serv. vind. 8. 5. L. 3. §. 3. D. ad. exhib. 10. 4. L. 16. §. 3. D. de pign. 20. 1. L. 25. §. 1. D. sol. matr. 24. 3. L. 48. §. 1. D. locati. 19. 2. L. 1. §. 26. D. depositi. 16. 3. L. 3. §. 2. D. commod. 13. 6. [p] L. 2. §. 1. L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. D. h. t. L. 1. 2. 4. Cod. h. t. L. 15. §. 9...11. D. quod vi. 43. 24. [q] L. 3. D. h. t. [r] L. 5. §. 4. L. 6. 9. D. h. t. cf. L. 5. pr. D. depos. 16. 3. L. 4. Cod. de act. emti. 4. 49. [s] L. 4. §. 1...3. L. 5. §. 1. 2. D. h. t. cf. L. 18. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 3. §. 2. D. ad exhib. 10. 4. L. 68. D. de rei vind. 6. 1. [t] L. 9. Cod. unde vi. 8. 4. (Imp. Zeno A. Sebastiano p. p.).

Beweiſe und immer mit vorhergehender richterlicher Schätzung (cum taxatione) geſtattet ſeyn ſoll [4].

Anm. [1] L. 2. D. h. t. Iusiurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem quam res iudicata. vgl. §. 114. Anm. 1. — L. 3. pr. D. h. t. Ait praetor: *Si is, cum quo agetur, conditione delata iuraverit*, L. 7. pr. ibid.: Ait praetor: *eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* L. 9. §. 1. Iureiurando dato vel remisso, reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque; actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an iuraverit, *dari sibi oportere*, vel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit. — L. 13. §. 1. D. h. t. Iulianus ait, eum, qui iuravit, *fundum suum esse*, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere. L. 8. Cod. h. t. Actori delato vel relato iureiurando, si iuraverit vel ei remissum sit sacramentum, ad similitudinem iudicati in factum actio competit. Sav. §. 309...314. Bd. VII. S. 47...90.

[2] L. 2. §. 1. D. h. t. Interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur; cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor. L. 5. pr. ibid. In actionibus in rem et in ad exhibendum in litem iuratur. §. 1. Sed iudex praefinire potest certam summam, usque ad quam juretur, licuit enim et a primo non deferre. §. 2. Item et si iuratum fuerit, licet iudici vel absolvere vel minoris condemnare. §. 3. Sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur, non etiam ob culpam; haec enim iudex aestimat. §. 4. Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est: veluti, si promissor Stichi moram fecerit et Stichus decesserit; quia iudex aestimare, sine relatione iurisiurandi, non potest rem, quae non extat. L. 6. ibid. Alias si ex stipulatu vel ex testamento agatur, non solet in litem iurari. L. 68. D. de rei vind. Qui restituere iussus iudici non paret, contendens non posse restituere . . . si quidem dolo fecit, quominus possit, in quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit, quo minus possit: non pluris quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet. — Das eigentliche Gebiet des Schätzungseides waren hiernach die arbitrariae actiones, und bonae fidei actiones, ſofern ſie auf ein restituere gingen und daher zugleich arbitrariae waren. (Gai. IV. 47.) Vgl. Schröter in ſeiner und Linde's Ztſchr. VII. 11. Sav. V. §. 221. 222. Nach heutigem Recht kommt aber darauf, ob die Klage stricti iuris iſt, nichts mehr an. Sav. V. S. 141. 145.

[3] In dieſem Fall heißt es: iurare autem in infinitum, sine ulla taxatione,

licet. L. 4. §. 2. D. h. t. L. 68. cit. Mit Unrecht hat man darnach ein iusiurandum in litem affectionis angenommen, unterschieden von einem sog. iusiurandum in litem veritatis. Vgl. dagegen Schröter S. 395. fg. Bang. §. 171. Natürlich aber ist der Schätzungseid dem Schwörenden regelmäßig vortheilhafter als die richterliche Schätzung. L. 18. D. h. t. L. 2. Cod. h. t.

4) Keine Besonderheit dieses Eides ist es, daß dadurch auch die Existenz des Schadens, nicht bloß dessen Größe, bewiesen werden könne. arg. L. 10. D. h. t.

§. 116.

D. Vom Urtheil [1].

Das richterliche Urtheil soll den Streit beendigen, Wiederholung desselben streitigen Rechtsanspruchs durch dasselbe abgeschnitten werden. Daher die Regel: was durch rechtskräftiges Urtheil über die streitigen Rechte der Parteien entschieden ist, muß unter diesen ferner als unstreitig gelten; das Urtheil begründet formelles Recht [2]. Ist durch dasselbe der Beklagte zu einer Leistung verurtheilt, so ist dadurch das Recht des Klägers auf Erfüllung eben dieser Leistung festgestellt, und er kann diese nun durch eine bloß auf das Urtheil sich gründende Klage (actio iudicati) erwirken [a]. Jedes rechtskräftige Urtheil aber, es sey zu Gunsten des Beklagten oder des Klägers, freisprechend oder verurtheilend, begründet für die eine und die andre Partei gegen jede spätere von der Gegenpartei versuchte Geltendmachung eines dem durch jenes entschiedenen und anerkannten Verhältnisse widerstreitenden Rechtsanspruches, die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache [3], exceptio rei iudicatae [b], nach Umständen [c] replicatio oder duplicatio [4], wodurch also dieser als abgeurtheilt zurückgewiesen werden kann [d]. Diese Rechtskraft des Urtheils wirkt aber nur für und gegen dieselben Parteien [e] und deren Rechtsnachfolger [f] oder überhaupt diejenigen, welche ihr Recht von dem Recht einer Partei ableiten, nachdem über dieses bereits das rechtskräftige Urtheil ergangen war [g]. Nur ausnahmweise und in

[a] Dig. de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus. 42. 1. Cod. de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum. 7. 45. de re iudicata. 7. 52. de executione rei iudicatae. 7. 53. de usuris rei iudicatae. 7. 54. [b] Dig. de exceptione rei iudicatae. 44. 2. [c] L. 24. D. l. c. [d] L. 3. 7. 8. 26. pr. §. 1. L. 30. D. l. c. cf. L. 11. §. 6. L. 14. §. 3. L. 31. ibid. — L. 11. §. 4. 5. L. 25. pr. ibid. L. 12. §. 2. D. ad. exhib. 10. 4. — L. 9. pr. L. 17. 18. D. h. t. L. 8. pr. D. ratam rem. 46. 8. [e] Cod. quibus res iudicata non nocet. 7. 46. inter alios acta vel iudicata aliis non nocere. 7. 60. cf. L. 4. 11. §. 7. L. 25. §. 2. D. l. c. L. 27. 10. §. 2. L. 66. D. de procuratoribus. 3. 3. [f] L. 9. §. 2. L. 11. §. 3. 8. 9. L. 28. D. l. c. [g] L. 11. §. 10. L. 29. §. 1. D. l. c. L. 3. §. 1. D. de pign. 20. 1.

beſtimmten Fällen [b] erſtreckt ſich jene Wirkung auch auf andre Perſonen, welche weder bei dem entſchiedenen Rechtsſtreit als Partei betheiligt waren, noch in jenes Verhältniß zu einer Partei eingetreten ſind.

Anm. [1] Vgl. hierüber die §. 113. Anm. 1. angeführten Schriften von Keller, Wächter und Buchka, ſodann vorzüglich Sav. §. 280...301. Bd. VI. S. 257...535.

[2] L. 1. D. de re iud. 42. 1. Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit. — L. 6. D. de except. rei iud. 44. 2. Singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. Parere ergo exceptionem (Vulg. *exceptioni*) rei iudicatae frequens est. Sav. S. 362. emendirt *exceptionem rem iudicatam*. — L. 207. D. de R. J. Res iudicata pro veritate accipitur, vgl. L. 25. in f. D. de statu hom. 1. 5. (not. g.) — Ueber den Umfang dieſer Regel vergl. noch Pfeiffer im civ. Arch. XXXVII. 4. 10.

[3] L. 3. D. h. t. 44. 2. (Ulp. lib. XV. ad Edictum). Julianus lib. 3. Dig. respondit exceptionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio (Sav. „dieſelbe Rechtsfrage") inter easdem partes revocatur. L. 7. §. 4. D. ibid. (Ulp. lib. LXXV. ad Edictum). Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere iudicii. Vgl. §. 1. ibid. Et quidem ita definiri potest, totiens eandem rem agi, quotiens apud judicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est. L. 19. ibid. L. 28. §. 4. D. de iureiur. 12. 2. (Ueber L. 7. cit. im Ganzen vgl. Sav. Bd. VI. S. 500...513., wornach, abweichend von den Ausgaben, das pr. abzuſchließen iſt mit den Worten: *nam nocebit exceptio*, und §. 1. beginnt mit den Worten: *Item si quis fundum* u. ſ. w. bis: *in his igitur fere omnibus exceptio nocet*. Dagegen Bekker die proc. Conſumption S. 232. 336. fg.) — Seit Keller a. a. O. pflegt man für das ältere Recht eine poſitive und eine negative Function der exceptio rei iudicatae zu unterſcheiden, die erſte zur Abwehr jeder fernern Anfechtung des materiellen Inhalts des Urtheils dienend, die letzte nunmehr an die Stelle der durch die litis contestatio begründet geweſenen exceptio rei in litem deductae tretend, welche letzte Function aber, obwohl ſich noch einzelne Spuren davon erhalten (z. B. L. 9. §. 1. L. 16. D. h. t. L. 16. §. 5. D. de pign. 20. 1. L. 2. Cod. de iud. 3. 1. L. 22. §. 8. D. rat. rem. hab. 46. 8.), im Juſtinianiſchen Recht völlig weggefallen ſey. Wächter Erörtr. III. S. 41. fg. Sav. VI. S. 261.

[b] L. 25. D. de statu hom. 1. 5. L. 24. D. de dolo. 4. 3. cf. Dig. de collusione detegenda. 40. 16. L. 1. 5. D. si ingenuus esse dicetur. 40. 14. L. 9. 42. D. de liberali causa. 40. 12. — L. 1. §. 16. . . L. 3. pr. D. de agnosc. lib. 25. 3. — L. 3. pr. D. de pign. 20. 1. L. 50. §. 1. D. de legat. I. L. 14. D. de appellat. 49. 1. L. 12. Cod. de pet. hered. 3. 31. L. 6. §. 1. L. 8. §. 16. L. 17. §. 1. D. de inoff. test. 5. 2. — L. 63. D. de re iud. 42. 1. — L. 4. §. 3. 4. L. 6. §. 4. D. si serv. vind. 8. 5.

408. 511. fg. Bang. 6. Aufl. I. S. 313. Dagegen aber sind gewichtige Bedenken erhoben von Bekker a. a. O., welcher die Bedeutung der exc. rei iud. und den Umfang ihrer Wirksamkeit im Ganzen nur nach der Regel: „bis de eadem re ne sit actio" zu bestimmen sucht (§. 113. Anm. 3.), womit jedoch zu vgl. Dernburg in der Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 347. fg. u. Pfeiffer a. a. O.

[a] Streitfrage: Ob bei dinglichen Klagen eine Beschränkung der exceptio rei iudicatae auf einen speciell angegebenen Erwerbgrund des Rechts stattfinde? gegen die bis dahin unbestrittene gemeine Meinung verneint von Puchta im Rh. Mus. II. S. 251...270. III. S. 467...487. Inst. II. §. 175., und nach ihm von Sint. §. 34. not. 46. Erläutr. S. 219...250. Dagegen zunächst Hefftter im Rh. Mus. III. 222...238. Wächter Hdb. II. S. 445., dann vorzüglich Sav. §. 300. und Beil. XVII. Bd. VI. S. 514...535.; auch Buchka I. S. 145. II. S. 192., welcher die Frage nach röm. R. zwar verneinend, nach heutigem aber bejahend beantwortet. Die entscheidenden Stellen sind a) L. 11. §. 1. 2. D. h. t. Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem. — Si quis autem petat fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, causa adiecta, non debet summoveri exceptione. Vgl. §. 4. ibid. Ceterum si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quae dominium mihi tribuat, non me repellet ista exceptio.... §. 5. Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. b) L. 14. §. 2. D. h. t. Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod quum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur; at quum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. — Vgl. auch noch cap. 3. de sent. in sexto. 2. 14. (§. 113.) — Nach heutigem Recht will die Kraft des Urtheils immer nur auf den im Proceß wirklich geltend gemachten Erwerbgrund des dinglichen Rechtes beschränken Kierulff I. S. 257.

E. Von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [1].

§. 117.

1) Begriff.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, in integrum restitutio [a], auch wohl integri restitutio [b], im engern und eigentlichen

[a] Dig. de in integrum restitutionibus. 4. 1. cf. 4. 2...6. Cod. 2. 20...54. X. de in integrum restitutione. 1. 41. Sext. de restitutione in integrum. 1. 21. Clem. de rest. in int. 1. 11. [b] Pauli sentt. de integri restitutione. 1. 7. Theod. Cod. de integri restitutione. 2. 16.

Sinn [2], ist die Wiederherstellung eines frühern Rechtszustandes [c], die als außerordentliche Rechtshülfe [d] durch die richterliche Gewalt gegen das strenge Recht demjenigen gewährt wird, welcher diesem gemäß eine nachtheilige Aenderung in einem Rechtsverhältnisse erlitten hat, deren Beseitigung aus bestimmten Gründen [e] als eine Forderung der Billigkeit (der ausgleichenden Gerechtigkeit) erscheint [3].

Anm. [1] Literatur: Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831. Schröter, über Wesen und Umfang der in integrum restitutio, in seiner und Linde's Ztschr. VI. 3. S. 91. .175. (1833). Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des römischen Rechts. Rostock 1834. S. 215...307. Sav. §. 315...343. Bd. VII. S. 90...309. Puchta Syst. §. 100...107. Vgl. auch dessen Cursus der Inst. II. §. 177. 209. — Nach dem Heise'schen System steht diese Lehre am Ende des Ganzen; so bei Wening-Ingenheim Bd. VI. §. 552...563. Ebenso bei Seuffert Bd. V. §. 665...674.

[2] In weiterer Bedeutung dient derselbe Ausdruck wohl zur Bezeichnung einer jeden materiellen Wiederherstellung früherer Verhältnisse, mag sie auch durch bloße Uebereinkunft oder durch ein gewöhnliches Rechtsmittel herbeigeführt werden, oder selbst ipso iure eintreten. L. 58. D. de pactis. 2. 14. — L. 23. §. 7. D. de aed. ed. 21. 1. — L. 3. §. 4. D. de al. iud. mut. 4. 7. L. 10. Cod. de rescind. vend. 4. 44. L. 10. §. 22. D. quae in fraud. cred. 42. 8. L. 10. Cod. de postlim. 8. 51. vgl. L. 19. pr. D. de captivis et postlim. 49. 15.

[3] L. 3. D. h. t. Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit. Vgl. Puchta §. 100. „Das Eigenthümliche dieses Rechtsmittels liegt nicht in seiner Wirkung: der Wiederherstellung eines frühern Zustandes, denn diese hat es mit andern gemein, auch nicht in der causae cognitio, die seiner Ertheilung vorhergeht, denn auch davon gilt dasselbe, sondern darin, daß es auf der über den Festsetzungen und Formen des gewöhnlichen Rechts stehenden Gerechtigkeit (aequitas) beruht, deren Anforderung und Wirkung die Behörde in dem concreten Fall zu prüfen und zu leiten hat." Ihren Ursprung hat die in integrum restitutio im prätorischen Edicte; sie war eines der Mittel, wodurch der Prätor unbillige Ergebnisse des strengen Rechts zu mildern suchte. In manchen Fällen aber wird aus denselben Billigkeitsrücksichten, welche auch als Gründe einer i. i. r. angeführt werden, die erforderliche Hülfe durch gewöhnliche Rechtsmittel, Klagen und Einreden, gewährt (Anm. 2.), wohin u. a. namentlich die actio und exceptio doli und quod metus causa (§. 61. 62.) gehören, die mit Unrecht von einigen noch in das Gebiet der eigentlichen Restitutionen hineingezogen werden, z. B.

[c] L. 9. §. 3. 4. L. 21. §. 5. 6. D. quod met. 4. 2. L. 2. Cod. in quib. caus. 2. 41. L. 2. Cod. quib. ex caus. mai. 2. 54. Paul. l. c. §. 1. [d] L. 1. 16. pr. D. de minor. 4. 4. [e] L. 1...3. L. 7. D. h. t.

Mühlenbruch §. 158. vgl. auch Burchardi §. 18. Dagegen Schröter und Schneider a. a. O. Sav. S. 103...107. S. 112. „Noch wichtiger war es, daß die Prätoren in manchen wichtigen Fällen die früher dargebotene Restitution in gewöhnliche Klagen und Einreden umwandelten, also die bis dahin unfertige Regel in eine fertige auflösten, so daß in diesen Fällen von der frühern Restitution, außer unbedeutenden Ueberresten der Anwendung, nur noch ein Andenken übrig bleibt in der Stellung, welche jenen Klagen im Edict und in den Digesten zu Theil geworden ist." (Dig. IV. 2. 3. 7.) Andrerseits erhielten die Regeln über Restitution allmählich eine festere Bestimmung und „so ist von verschiedenen Seiten her die Restitution im Laufe der Zeiten mehr und mehr den gewöhnlichen Rechtsmitteln angenähert worden, und in dieser sehr veränderten Gestalt ist sie als Bestandtheil des gemeinen Rechts zu uns herübergekommen. — Bei unbefangener Betrachtung muß eingeräumt werden, daß dieses Institut des römischen Rechts weniger, als die meisten andern, einen innern Grund des Fortbestandes und der Einwirkung auf den heutigen Rechtszustand mit sich führt." Sav. S. 113. Jedoch „ganz wird sie nie entbehrlich werden." Puchta Vorles. I. S. 209.

[a] Die i. i. r. ein Gnadenact? verwandt der Begnadigung im Strafrecht, die auch i. i. r. genannt wird. L. 1. §. 9. 10. D. de postulando. 3. 1. Deinde adiicit praetor: ***qui ex his omnibus . . . in integrum restitutus non erit*** . . . §. 10. De qua autem in integrum restitutione praetor loquitur? utrum de ea, quae a principe (Vulg. iis. ***est***) vel a senatu? Pomponius quaerit; et putat de ea restitutione sensum, quam princeps vel senatus indulsit. An autem et praetor restituere possit, quaeritur; et mihi videtur, talia praetorum decreta non esse servanda, nisi sicubi (Vulg. ***si cui***) ex officio iurisdictionis suae subvenerunt, ut in aetate observatur, ceterisque speciebus, quas sub titulo ***de in integrum restitutione*** exsequemur. (§. 31. not. c. d.) Vgl. L. 1. §. 2. D. ad leg. Iul. de ambitu. 48. 44. L. 1. Cod. de sent. passis et restitutis. 9. 51. Burchardi §. 3. Dagegen Schröter S. 169...174. Puchta §. 100. not. c. Vermittelnd Sav. S. 116...118.

2) Voraussetzungen.

§. 118.

a) Verletzung.

Die Voraussetzungen, unter denen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehrt werden kann, sind eine erlittene Verletzung (Läsion) und ein Restitutionsgrund. Was die erste betrifft, so muß sie in einer nachtheiligen Aenderung von Rechtsverhältnissen bestehen, welche dem geltenden regelmäßigen Rechte gemäß eingetreten ist, also eine Rechtsverletzung nicht enthält, gegen welche daher dieses keine Hülfe gewährt[a]. Der Nachtheil kann nicht nur

[a] L. 16. pr. §. 1. 3. D. de minor. 4. 4. Cod. in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est. 2. 41.

in einem Vermögensverluſte (damnum), ſondern auch in Entgang eines möglich geweſenen Erwerbes (lucrum) beſtehen [b], jedoch [c] nicht auch eines Gewinnes, der nur durch Vermögensverkürzung eines Andern gemacht werden konnte [1]; auch braucht der Nachtheil nicht weſentlich das Vermögen zu betreffen [d]. Die Rechtsänderung aber, welche den Nachtheil mit ſich bringt, kann durch poſitive Handlungen, Rechtsgeſchäfte, oder durch Verſäumniſſe herbeigeführt und ſo denn in den manchfaltigſten Beziehungen [e] zu einer Wiedereinſetzung in den vorigen Stand Anlaß gegeben ſeyn [2].

Anm. [1] L. 18. D. 4. 6. . . . in his casibus restitutionis auxilium maioribus damus, in quibus rei duntaxat persequendae gratia queruntur, non quum et lucri faciendi ex alterius poena vel damno auxilium sibi impertiri desiderant. — L. 20. eod. . . . quum sit iniquissimum auferre domino, quod usus non abstulit, neque enim intelligitur amissum, quod ablatum alteri non est. — Zwiſchen Minderjährigen und andern Perſonen unterſcheidet in dieſer Beziehung unter andern Puchta §. 101. not. d.; dagegen Burchardi §. 6. Sav. S. 121...124.

[2] Ueber die Frage, ob ein bedeutender oder „nicht ganz unbedeutender" Nachtheil vorausgeſetzt werde? vgl. Burchardi §. 8., der die Regel beſtreitet, und gegen dieſen Bang. §. 176. Sint. §. 36. not. 42. — „*Minima non curat praetor.*" — In einigen Fällen wird ausdrücklich ein beträchtlicher oder ſehr beträchtlicher Schaden vorausgeſetzt, L. 9. pr. 49. D. de minor. 4. 4. L. 1. Cod. si adv. vend. pign. L. 1. 3. Cod. si adv. fiscum. §. 6. J. de hered. qual. 2. 19.; im Allgemeinen aber wird die Erheblichkeit des durch die Reſtitution zu beſeitigenden Nachtheils im Vergleich mit dem andrerſeits daraus hervorgehenden berückſichtigt. L. 4. D. h. t.

b) Reſtitutionsgründe [1].

§. 119.

a) Minderjährigkeit [a].

Wegen Minderjährigkeit [b] gewährt das römiſche Recht [2] Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen rechtliche Nachtheile, welche

[b] L. 6. 7. §. 6. L. 44. D. de minor. 4. 4. L. 27. D. ex quib. caus. mai. 4. 6.
[c] L. 18. 20. D. l. c. L. 37. pr. D. de minor. 4. 4. cf. L. 17. §. 3. D. de usur. 22. 1.
[d] L. 3. §. 6. D. de minor. 4. 4. L. 35. ibid. — L. 6. ibid. L. 41. D. de recept. 4. 8.
[e] Cod. si adversus rem iudicatam restitutio postuletur. 2. 27., si adversus venditionem. 2. 28., si adversus venditionem pignorum. 2. 29., si adversus donationem 2. 30., si adv. libertatem. 2. 31., si adv. transactionem vel divisionem. 2. 32., si adv. solutionem a tutore vel a se factam. 2. 33., si adv. dotem. 2. 34., si adv. usucapionem. 2. 36., si adv. fiscum. 2. 37., si adv. creditorem. 2. 38., si minor ab hereditate se abstineat. 2. 39., si ut omissam hereditatem vel bonorum possessionem vel quid aliud acquirat. 2. 40., cf. si adv. delictum. 2. 35.

[a] Dig. de minoribus viginti quinque annis. 4. 4. Cod. de in integrum restitutione minorum. 2. 22. [b] L. 1. 24. §. 1. D. h. t.

dem Minderjährigen, und zwar ihm selbst, nicht bloß durch ihn einem Andern [c], durch Handlungen oder Versäumnisse, die er selbst oder seine Vertreter begangen haben [d], verursacht worden sind [a], sofern ihm nicht das ordentliche Recht schon eine ausreichende Hülfe dagegen darbietet. Gegen ein an sich demselben vortheilhaftes Rechtsgeschäft, das nur durch später hinzutretenden Zufall zu seinem Nachtheil ausgeschlagen ist, findet sie nicht statt [e], wohl aber dann, wenn der Nachtheil des Rechtsgeschäfts durch Mitwirken der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des Minderjährigen herbeigeführt wurde [f]. Dagegen hat derselbe keinen Anspruch auf Restitution, sofern ihm bei dem fraglichen Geschäft eine Unredlichkeit zur Last fällt [g], daher insbesondere auch dann nicht, wenn er bei dessen Abschluß sich betrüglicherweise für volljährig ausgegeben hat [h]. Auch ist sie ausgeschlossen gegen ein durch seinen Eid bestärktes [i], wie gegen ein nach erlangter Großjährigkeit genehmigtes Rechtsgeschäft [k], desgleichen in gewissen Fällen, in denen das Verlangen derselben unsittlich oder unanständig erscheint [l]. Durch Volljährigkeitserklärung (§. 36.) hört dieses ius singulare eben so wohl auf als durch Erreichung des volljährigen Alters [m]; nach Analogie dieser Regel aber wird die Restitution mit Recht auch gegen solche Geschäfte verweigert, zu denen der Minderjährige eine öffentliche Ermächtigung erhalten hat.

Gleich den Minderjährigen ist gesetzlich auch den Gemeinden [n], Kirchen und milden Stiftungen [o] ein Restitutions-Anspruch beigelegt worden, und durch eine sehr verbreitete aber bedenkliche Praxis überhaupt allen Corporationen so wie dem Fiscus [a].

Anm. [1] In den Digesten kommen die Restitutionsgründe, ohne Zweifel nach dem Edict, in folgender Ordnung vor: metus, dolus malus, minor aetas, capitis deminutio, absentia (Dig. IV. 2...6. cf. Cod. II. 20...22. 51.)

[a] L. 3. §. 4...11. L. 4. 5. L. 23. 38. §. 1. D. h. t. Cod. de filiofamilias minore. 2. 23. [d] L. 29. pr. §. 1. L. 38. pr. L. 41. pr. D. h. t. L. 2. 3. Cod. si tutor vel curator intervenerit. 2. 25. L. 4. 5. Cod. si adv. rem. iud. 2. 29. cf. L. 38. pr. D. h. t. L. 2. Cod. si adv. vend. pign. 2. 29. — L. 11. Cod. de praediis. 5. 71. L. 2. Cod. de fideiussoribus minorum. 2. 24. [e] L. 11. §. 4. 5. D. h. t. [f] L. 24. §. 4. L. 27. §. 1. D. h. t. cf. L. 32. §. 4. D. de adm. 26. 7. L. 2. Cod. si adv. cred. 2 38. [g] L. 9. §. 2. 5. D. h. t. [h] Cod. si minor se maiorem dixerit. 2. 43. [i] Auth. *sacramenta puberum* ad L. 1. Cod. si adv. vend. 2. 28. [k] Cod. si maior factus ratum habuerit. 2. 46. L. 3. §. 1. 2. L. 20. §. 1. 21. D. h. t. [l] L. 1. Cod. si adv. donat. 2. 30. L. 11. Cod. de transact. 2. 4. Nov. 115. cap. 3. §. 13. in f. [m] Cod. de his qui veniam aet. imp. 2. 45. L. 5. pr. Cod. de temp. i. i. r. 2. 53. cf. L. 1. §. 2. D. h. t. [n] L. 4. Cod. quib. ex caus. mai. 2 54. L. 3. Cod. de iure reipub. 11. 29. [o] cap. 1. 3. 6. X. h. t. cap. 11. X. de reb. eccles. 3. 13.

und an einem anderen Orte in besonderer Beziehung error (Dig. quod falso tutore gestum esse dicatur. 27. 6.). Vgl. L. 1. 2. D. de i. i. r. 4. 1. Pauli sentt. I. 7. §. 2. Der Bedeutung der einzelnen Fälle im geltenden Rechte entspricht diese Ordnung nicht mehr. Sav. §. 320.

[2] Ueber den heutigen Werth dieses Instituts vgl. Sav. S. 149. „Bei unbefangener Erwägung dieser Umstände muß man sich überzeugen, daß ein innerer Grund des Fortbestehens der Restitution der Minderjährigen nicht mehr vorhanden ist. Für die Sicherheit derselben muß vielmehr durch Verbesserung des Vormundschaftsrechts gesorgt werden." Vgl. aber Code Nap. art. 1305...1312., nach welchem Gesetzbuch freilich für Verbesserung des Vormundschaftsrechts noch besonders „viel zu leisten übrig bleibt."

[3] Eine besondere Ausnahme in L. 8. §. 6. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. — Streitige Ausnahmen: a) L. 25. Cod. de adm. 5. 37. §. 2. J. quib. al. lic. 2. 8. cf. L. 7. §. 2. D. h. t. L. 1. Cod. si adv. solut. 2. 33. Burchardi S. 248. Puchta §. 103. not. i. Dagegen Sav. S. 151. b) L. 3. §. 4. D. h. t. L. 2. Cod. de filiofam. min. 2. 23. Puchta und Burch. a. a. O. Dagegen Sav. Beil. XVIII. S. 277...291. — Unpraktische Ausnahmen: L. 3. §. 11. Cod. de iud. 3. 1. L. 1. §. 1. Cod. de plus petit. 3. 10. — Begehrt ein Minderjähriger Restitution gegen einen andern Minderjährigen, so gilt die Regel: in pari causa melior est conditio possidentis, sofern nicht der eine auf Kosten des andern einen reinen Gewinn hat. L. 11. §. 6. D. h. t. L. 128. pr. D. de R. J. (§. 92.).

[4] Kreittmayr Anm. z. bayr. Landr. I. 7. §. 36. Nr. 8. „Jure minorum gaudiren ... in Summa alle andre approbirte Communitäten, corpora und collegia". Dagegen Sav. VII. S. 160. — Auch dem erklärten Verschwender wird die gleiche Wohlthat beigelegt durch ein oberstrichterliches Erkenntniß in Seuffert's Arch. III. 190.

§. 120.

β) Abwesenheit und ähnliche Umstände [a].

Die Abwesenheit einer Person kann die entschuldbare Ursache einer Versäumniß und dadurch eines Rechtsverlustes werden, gegen welchen eben deßhalb eine Abhülfe zu gewähren billig scheint. Dasselbe gilt von mannichfaltigen andern Hindernissen der Vornahme von Handlungen, wodurch ein Rechtsverlust zu verhüten wäre. Das prätorische Edict [b] versprach daher Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für eine Reihe von näher bezeichneten Fällen dieser Art, und fügte noch eine allgemeine Zusage gleicher Rechtshülfe in verwandten Fällen hinzu [1]. Nach dem Inhalt und der praktischen Auslegung dieses Edicts kann nun überall Restitution eintreten,

[a] Dig. ex quibus causis maiores XXV. annis in integrum restituuntur. 4. 6. Cod. quib. ex caus. mai. i. i. r. 2. 54. cf. Cod. de restitutionibus militum et eorum qui reipublicae causa absunt. 2. 51. de uxoribus militum et eorum qui reipublicae causa absunt. 2. 52. [b] L. 1. §. 1. D. h. t.

wenn Jemand einen Rechtsverluſt deshalb erlitten hat, weil er durch entſchuldigende äußere Hinderniſſe abgehalten war, ſein Recht auszuüben und gehörig wahrzunehmen oder dasjenige zu thun, was zur Abwendung jenes Nachtheils erforderlich war [2]. Das Hinderniß kann zunächſt in der Perſon des Berechtigten vorhanden geweſen ſeyn, z. B. Abweſenheit des Berechtigten; aber auch in der Perſon desjenigen, gegen welchen ein Recht geltend zu machen war, z. B. Abweſenheit des Schuldners oder Beſitzers, gegen welchen Klage zu erheben war. In Fällen der letzten Art wird vorausgeſetzt, daß ſich auch kein Stellvertreter des Gegners (§. 77.) gefunden habe, gegen welchen der Berechtigte ſein Recht wahren konnte [c]. In Fällen der erſten Art dagegen kann es unter Umſtänden ein Grund ſeyn, die Reſtitution zu verweigern, wenn der Abweſende nachläſſiger Weiſe keinen Vertreter beſtellt hat [d], während durch das Daſein eines ſolchen die Möglichkeit [e] der Reſtitution nicht ausgeſchloſſen wird [3].

Anm. [1] L. 1. §. 1. D. h. t. Verba autem Edicti talia sunt:

a) *Si cuius quid de bonis deminutum erit, cum is metu aut sine dolo malo reipublicae causa abesset; inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset; sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicetur:*

b) *Item si quis quid usu suum fecisse, aut, quod non utendo sit amissum, consecutus esse actioneve qua solutus ob id, quod dies exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in ius vocare non liceret, neque defenderetur, cumve magistratus de ea re appellatus esset; sive cui per magistratus sine dolo ipsius actio exemta esse dicetur:*

earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit.

c) *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges, plebis scita, senatus consulta, edicta, decreta principum licebit.*

Ueber die hier aufgenommenen Lesarten vgl. Sav. S. 165. fg. — Den letzten Zuſatz bezeichnen die römiſchen Juriſten als generalis clausula. L. 26. §. 1. L. 33. pr. D. h. t.

[2] Erweiterungen der Beſtimmungen unter Anm. 1. a und b, die nach der generalis clausula im römiſchen Recht ausdrücklich anerkannt werden, ſind:

zu a) die Reſtitution *α*) der Ehefrauen der Soldaten. Cod. 2. 52. *β*) der militum medici. L. 33. §. 2. D. h. t. *γ*) der legati civitatum. L. 8. 26. §.

[a] L. 1. 21. §. 2. 3. L. 22. pr. L. 26. §. 3. D. h. t. — L. 39. D. h. t.? [d] L. 26. pr. L. 28. pr. D. h. t. L. 20. pr. D. de minor. 4. 4. [e] L. 26. §. 9. D. h. t. vgl. mit L. 1. Cod. h. t. — L. 15. pr. D. h. t. — L. 8. D. de in int. rest. 4. 1. — L. 39. D. h. t.?

9. L. 35. §. 1. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. δ) der procuratores Caesaris und des patronus fisci. L. 33. pr. L. 35. §. 2. D. h. t. ε) der absentes studiorum causa. L. 28. pr. D. h. t. ζ) desjenigen, der unter Bürgschaftsleistung sich verpflichtet hat, einen bestimmten Ort nicht zu verlassen. L. 28. §. 1. cit. η) des in Gewerbgeschäften Abwesenden. L. 57. D. mand. 17. 1. (Ueber diese Stelle: Sav. S. 292...309) ϑ) der Verbannten. L. 26. §. 1. L. 40. §. 1. D. h. t. ι) der nascituri, welcher Fall jedoch auch unter die restitutio minorum subsumirt werden kann. L. 45. pr. D. de minor. 4. 4. κ) desjenigen, der durch Ueberschwemmung oder durch Austrocknen einer Quelle seine Servitut auszuüben verhindert war. L. 34. §. 1. L. 35. D. de s. p. r. 8. 3. L. 14. pr. D. quem. adm. serv. am. 8. 6. L. 1. §. 9. D. de itin. 43. 19. λ) des Erben, welcher durch den Aufschub der Testamentseröffnung nach dem Sc. Silanianum einen Verlust erlitten. L. 3. §. 30. 31. D. ad Sc. Silan. 29. 5.

zu b) die Restitution gegen einen Wahnsinnigen, ein Kind oder eine Gemeinde, welche keinen Vertreter haben L. 22. §. 2. D. h. t. L. 124. §. 1. D. de R. J. — Sav. S. 185. rechnet dahin noch zwei andere Fälle nach L. 23. §. 3. D. h. t., aber diese fallen schon unter die ausdrückliche Bestimmung des Edicts, weil der Kriegsgefangene (apud hostes) jedenfalls abwesend ist.

Erschöpfend sind diese Fälle nicht, und ist z. B. kein Zweifel, daß der Wahnsinnige auch nach Analogie von a) zu restituiren ist (Seuffert's Arch. V. 103.), während das Kind und die Gemeinde ohnehin schon vollständiger nach §. 119. geschützt sind. Die neuern Praktiker aber haben der sog. restitutio ex clausula generali eine viel zu weite und unbestimmte Ausdehnung gegeben. Vgl. Francke Beitr. S. 68. fg. Burch. §. 12. Sav. S. 166. fg.

[b] L. 39. D. h. t. Is, qui reipublicae causa abfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur. Diese Stelle wird von Manchen auf den Fall unter Anm. 1. b. bezogen. Noodt Comm. ad Pand. h. t. Dagegen Burch. S. 166. 175. Sav. S. 176...180.

§. 121.

γ) Zwang, Betrug, Irrthum.

Diese werden unter den Gründen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand besonders genannt [a]. Zwang und Betrug begründen zwar eigene Ersatzklagen und Einreden, welche eine eigentliche i. i. r. meistentheils entbehrlich machen; allein es ist gleichwohl auch diese Art der Rechtshülfe gegen die Folgen solcher Unrechtlichkeit, sowohl des Betruges [b] als des Zwanges [c], als zulässig anerkannt, indem jene Rechtsmittel nicht überall ihrem Zwecke genügend

[a] L. 1. 2. D. de i. i. r. 4. 1. Pauli sentt. I. 7. §. 2. [b] L. 7. D. l. c. L. 18. D. de int. in iure. 11. 1. L. 33. D. de re iud. 42. 1. L. 3. Cod. quib. ex caus. mai. 2. 54. L. 10. Cod. de rescind. vend. 4. 44. [c] L. 9. §. 4. 5. 6. D. quod met. 4. 2. L. 3. Cod. de his quae vi. 2. 20. — L. 21. §. 5. 6. D. l. c. L. 85. D. de acquir. hered. 29. 2. cf. L. 6. §. 7. D. eod.

entsprechen [1]. Irrthum, ohne Voraussetzung eines dabei mitwirkenden Betruges, aber natürlich nur entschuldbarer Irrthum [d], iustus error, war für einen Fall im prätorischen Edict ausdrücklich als Restitutionsgrund anerkannt [e]; außerdem aber wird auch sonst noch in verschiedenen Fällen [f], wo dringliche Billigkeit es fordert, insbesondere gegen processualische Nachtheile [g], aus diesem Grunde Restitution zugelassen.

Dagegen kann der Restitution wegen capitis deminutio [h] eine praktische Bedeutung nicht mehr beigelegt werden [2].

Anm. [1] Puchta §. 102. not. d. hält die Restitution wegen Zwanges und Betrugs für unpraktisch, weil es schon nach R. R. bei bonae fidei negotia keiner Restitution bedurfte, um dem Gezwungenen oder Betrogenen zu helfen, dem Geiste des neuern Rechts gemäß aber dieses für alle Verhältnisse zu behaupten, also der Schutz einer solchen Person überall als ein Grundsatz schon des ordentlichen Rechts zu betrachten sey. Dagegen Sav. S. 194. not. g. S. 209. — Ueber die verschiedenen Ansichten überhaupt vgl. Burch. §. 18...20. Schröter S. 116...130. Bang §. 185. Sav. §. 330. 332. Insbesondere über das Verhältniß der entehrenden actio doli zu der i. i. r. vgl. L. 7. §. 1. D. de i. i. r. 4. 1. Et boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, quum remedio locus esse non potest. L. 1. §. 6. D. be dolo. 4. 3. Idem Pomponius refert, Labeonem existimare, etiamsi quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere. Sav. S. 203...209.

[2] Sav. S. 211. „Diese Restitution führte nur den leeren Namen einer solchen, indem die eigenthümliche Natur der Restitution bei ihr gar nicht zur Anwendung kam ..... Es war also in der That eine praktische Aufhebung des alten Rechtssatzes, nur versteckt unter der Form einer Restitution, gewissermaßen aus Respect gegen das alte Civilrecht." Andrer Meinung Bang. §. 34. a. E. §. 187.

§. 122.

c) Rechtzeitiges Gesuch [a].

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird nur auf Gesuch des Verletzten ertheilt, welches innerhalb einer Verjährungsfrist [1] von vier Jahren bei dem zuständigen Gericht eingebracht seyn muß [b]. Diese beginnt für die Restitution wegen Minderjährigkeit mit dem Beginn der Volljährigkeit, d. i. mit dem ersten Tage des

[d] L. 2. D. cit. [e] Dig. quod falso tutore auctore gestum esse dicatur. 27. 6. [f] L. 1. §. 17. D. de separat. 42. 6. L. 17. D. de his quae ut indignis. 34. 9. [g] L. 11. §. 8...10. D. de int. in iure. 11. 1. L. 7. in f. D. de confessis. 42. 2. L. 11. pr. D. de except. rei ind. 44. 2. L. 1. §. 5. D. de edendo. 2. 13. L. 8. §. 2. D. qui satisd. cog. 2. 8. §. 33. J. de act. 4. 6. [h] Dig. de capite minutis. 4. 5.

[a] Cod. de temporibus in integrum restitutionis tam minorum et aliarum personarum, quae restitui possunt, quam etiam heredum eorum. 2. 53. [b] L. 7. Cod. h. t.

26. Lebensjahres, beziehungsweiſe mit dem Tage der gerichtlich vollzogenen Volljährigkeitserklärung, in welchem Falle jedoch dieſelbe nicht vor Vollendung des 25. Lebensjahres ablaufen ſoll [c]; für die Reſtitution wegen Abweſenheit und ähnlicher Hinderniſſe mit dem Tage, an welchem das Hinderniß der Rechtsverfolgung beſeitigt wurde [d]; deßgleichen für die Reſtitution wegen Zwangs, Betrugs oder entſchuldbaren Irrthums von der Zeit an, da deren Einwirkung fortfiel [e]; für die Reſtitution der Gemeinden, Kirchen [f] und milden Stiftungen (§. 119. a. E.) von der Zeit der Verletzung an [g]. Die Reſtitutionsfriſt kann aber weiter erſtreckt werden, ſofern nach Beſeitigung des die Reſtitution begründenden Umſtandes noch ein anderer Reſtitutionsgrund beſteht [g], welcher gegen die Verſäumung des Reſtitutionsgeſuches ſelbſt wieder die Reſtitution rechtfertigen würde [g]. Das Recht des Reſtitutionsgeſuchs geht auch auf den Erben über [h]; dieſem aber bleibt nur der Reſt der für den Erblaſſer bereits begonnenen Reſtitutionsfriſt; aber auch für ihn kann die Friſt erweitert werden, wenn in ſeiner Perſon ein neuer Reſtitutionsgrund vorliegt [i]. Uebrigens ſollte nach römiſchem Recht innerhalb der Verjährungszeit nicht bloß das Geſuch angebracht, ſondern auch das Reſtitutionsverfahren beendigt ſeyn [k]. Nach heutigem Recht iſt das letzte nicht mehr erforderlich.

Anm. [1] L. 7. pr. Cod. h. t. (Justinianus A. Joanni p. p.) Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune; ex differentia enim locorum aliquod induci discrimen, satis nobis absurdum visum est. Quod non solum in minorum restitutionibus, quibus utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit, sed etiam in maiorum hoc idem adhiberi sancimus, ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur ad interponendam contestationem finiendamque litem. Vgl. L. 6. Cod. de repud. her. 6. 31. „quadriennium, quod spatium pro utili anno, qui restitutionibus dabatur, praestitutum est.“ Daher iſt in L. 26. D. 4. 6. die Erklärung

[c] L. 5. pr. Cod. h. t. cf. L. 3. §. 3. D. de minor. 4. 4. [d] L. 7. §. 1. cit. cf. L. 1. §. 1. L. 28. §. 3. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [e] arg. L. 7. §. 1. cit. cap. 2. in 6to h. t. 1. 21. [f] cap. 2. in 6to cit. Clem. 1. h. t. 1. 11. [g] L. 1. 3. 4. Cod. h. t. cf. L. 20. pr. D. de minor. 4. 4. L. 26. §. 1. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. — cap. 1. in 6to l. c. [h] L. 6. D. de i. i. r. 4. 1. L. 18. §. 5. D. de minor. 4. 4. [i] L. 19. D. l. c. L. 5. §. 1...3. L. 2. Cod. h. t. [k] L. 5. pr. L. 7. pr. Cod. h. t. cf. L. 6. eod. L. 39. pr. D. de minor. 4. 4. Clem. 1. cit.

Ulpian's über die Edictsworte: *intra annum, quo primum* etc. weggelassen, und anderwärts statt *utilis annus* wahrscheinlich interpolirt: *tempus restitutionis*, oder *utile, statutum t. r.* u. dgl. L. 19. 20. 39. pr. D. de minor. 4. 4. L. 28. §. 3. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. 9. §. 4. D. de iureiur. 12. 2. Für die Restitution wegen Minderjährigkeit hatte schon Constantin ein tempus continuum von 3 bis 5 Jahren, nach Unterschied des Ortes, festgesetzt, worauf L. 7. cit. hindeutet. Vgl. L. 2. Theod. Cod. h. t. 2. 16., im Just. Codex mit Weglassung dieser Bestimmung als L. 5. Cod. h. t. aufgenommen. — Gegen die Beschränkung der L. 7. cit. auf die Fälle der §§. 119. 120. s. Burch. S. 509. fg. Mit Unrecht aber bezieht dieser, S. 514., das Gesetz auch auf die Restitution wegen capitis minutio, die schon nach altem Recht keiner Verjährung unterlag. L. 2. §. 5. D. de cap. min. 4. 5. Bang. §. 180. 1.

[2] Auf die Kenntniß der Verletzung kommt es an sich und im Allgemeinen (vgl. not. e.) nicht an, Burch. §. 27., auch nicht nach canonischem Recht. Sav. S. 248...251. Vgl. jedoch Seuffert's Arch. III. 191.

[3] Gewöhnlich wird behauptet, daß gegen die Versäumniß der Restitutionsfrist keine Restitution stattfinde. Arg. L. 20. pr. D. de minor. Burch. S. 134. Puchta §. 107. 3. Dagegen s. Sav. S. 258...264. Auch dieser aber scheint L. 20. cit. noch zu strenge und allgemein zu nehmen und mit Unrecht in L. 1. 3. Cod. cit. ein ganz singuläres Vorrecht der Soldaten zu sehen. Die Vergleichung mit L. 26. §. 1. L. 28. pr. D. ex quib. caus. mai. spricht dagegen.

§. 123.

3) Verfahren.

Das Restitutionsverfahren, welches in der Regel, wie in andern Rechtsstreitigkeiten, beiderseitiges Gehör erfordert [a], hat zunächst den Zweck, eine Entscheidung über die rechtliche Begründung des Restitutionsgesuches und somit Aufhebung der verletzenden Rechtsänderung durch richterlichen Spruch herbeizuführen, sog. iudicium rescindens [b]. Auf die ertheilte Restitution kann sich alsdann ein weiterer Rechtsstreit gründen, zur Verwirklichung der daraus hervorgehenden Ansprüche, iudicium rescissorium oder restitutorium [c]. Es kann aber auch dieses zweite Verfahren mit dem ersten verschmolzen und so das Endziel durch ein zusammenhängendes Verfahren erreicht werden [d], und in vielen Fällen wird die ganze Sache schon durch ein einfaches Restitutionsdecret erledigt.

[a] L. 13. pr. in f. L. 29. §. 2. D. de minor. 4. 4. L. un. Cod. si adv. dot. 2. 34. nov. 119. cap. 6. [b] L. 3. D. de i. i. r. 4. 1. L. 24. §. 5. D. de minor. 4. 4. [c] L. 9. §. 4. D. quod met. 4. 2. L. 13. §. 1. D. de minor. 4. 4. L. 28. §. 5. 6. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. 7. §. 3. D. quod falso. 27. 6. L. 46. §. 3. D. de procurat. 3. 3. L. 18. Cod. de iure postlim. 8. 51. cf. L. 8. §. 9. 12. 13. D. ad Sc. Vellei. 16. 1. L. 16. Cod. eod. 4. 29. [d] L. 13. §. 1. cit. L. 9. §. 4. D. de iureiur. 12. 2. L. 2. pr. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. 24. §. 4. L. 39. pr. D. de minor. 4. 4. L. 39. pr. D. de evict. 21. 2.

Die eine Partei im Reſtitutionsverfahren (Reſtitutionskläger, Impetrant) iſt der Verletzte oder deſſen Univerſalſucceſſor [e], in eigener Perſon oder durch einen Bevollmächtigten [f], der denn auch ein procurator in rem suam ſeyn kann [g]. Die andre Partei (der Reſtitutionsbeklagte, Impetrat) beſtimmt ſich darnach, wem durch die geſuchte Reſtitution ein erworbenes Recht wieder entzogen oder eine Verpflichtung auferlegt werden ſoll. Iſt das wiederherzuſtellende Verhältniß von abſolutem Charakter, ſo findet auch die Reſtitution in rem ſtatt [h], z. B. die Reſtitution gegen eine vollendete Erſitzung gegen jeden Beſitzer der Sache [i]; betrifft ſie aber ein obligatoriſches Verhältniß, ſo geht ſie zunächſt nur in personam gegen denjenigen, welcher dadurch ein Recht erhalten hat [k], jedoch ausnahmweiſe und im Nothfall auch hier gegen dritte Perſonen, auf welche in Folge davon nur mittelbar das dem Verletzten Entzogene übergegangen iſt [l].

Die Zuſtändigkeit des Richters beſtimmt ſich heutzutage [m] nach den betreffenden allgemeinen Regeln des Proceßrechts.

Während des Verfahrens ſoll keiner Partei eine Aenderung in den beſtehenden Verhältniſſen geſtattet ſeyn [n].

Anm. Zu den Sätzen unter not. h...k vgl. Wetzell disp. de quaestione, adversus quem i. i. r. imploranda sit. Marb. 1850. 4. Der Verf. ſtellt als Regel auf: die Reſtitution gehe nur „adversus eum, qui ex damno actoris lucrum cepit vel in id lucrum successit," ſo namentlich die Reſtitution gegen eine Erſitzung nur gegen den Erſitzenden und deſſen (Univerſal- oder Singular-) Succeſſoren. So auch Dollmann in den Bl. f. Rtsanwendung XVI. S. 145. fg. Dagegen mit Recht Seuffert §. 665. Anm. 28. Jene Anſicht würde das wunderliche Ergebniß mit ſich bringen, daß dem Verletzten gegenüber zwar nicht der rechtmäßige Beſitzer auf die Erſitzung ſeines Rechtsurhebers, wohl aber der unrechtmäßige Beſitzer auf die Erſitzung des ihm ganz fremden Uſucapienten ſich mit Erfolg berufen könnte, um die Klage des frühern Eigenthümers abzuwehren. Zudem: wenn nicht ein neuer von dem Uſucapienten unabhängiger und daher der Reſtitution nicht unterliegender Erwerbgrund dem jetzigen Beſitzer zur Seite ſteht, ſo muß

[e] §. 122. not. g. L. 3. §. 9. 10. D. de minor. 4. 4. cf. Cod. qui et adversus quos in integrum restitui non possunt. 2. 42. [f] L. un. Cod. etiam per procuratorem causam in integrum restitutionis agi posse. 2. 49. L. 25. §. 1. . . L. 27. pr. D. de minor. 4. 4. [g] L. 24. pr. D. l. c. L. 20. §. 1. D. de tutelae. 27. 3. (§. 112.). [h] Pauli sentt. I. 7. §. 4. [i] L. 17. pr. L. 30. §. 1. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. 9. §. 4. D. quod met. 4. 2. [k] L. 29. §. 2. D. de minor. 4. 4. [l] L. 13. §. 1. . . L. 15. D. de minor. 4. 4. L. 9. pr. ibid. L. 1. Cod. si adv. vend. pign. 2. 29. [m] cf. L. 26. §. 1. D. ad. municip. 50. 1. L. 16. §. 5. L. 17. 18. 42. D. de minor. 4. 4. Cod. ubi et apud quem cognitio in integrum restitutionis agitanda sit. 2. 47. cap. 9. X. h. t. 1. 41. [n] Cod. In integrum restitutione postulata ne quid novi fiat. 2. 50.

das Eigenthum immer noch jenem oder einem Rechtsnachfolger desselben zustehen. Gegen diese aber könnte der Verletzte dann durch Restitutionsgesuch billiger Weise die Abtretung der Eigenthumsklage gegen den Dritten erwirken, und käme so denn doch zum Ziele.

§. 124.

4) Wirkung.

Zweck der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist Zurückversetzung des Verletzten in die Lage, in welcher er vor dem verletzenden Umstande sich befand. Besteht die Verletzung in Verlust eines Rechts durch Versäumniß, so wird ihm die durch den Restitutionsgrund verlorene Zeit dazu wieder eingeräumt [a]; hat er Verbindlichkeiten übernommen, so wird er davon befreit [b]; ist ihm von seinem Vermögen sonst etwas entzogen, so muß ihm dasselbe mit allem Zubehör wieder gewährt werden [c]. Aber andrerseits soll auch die Gegenpartei in ihre frühere Lage zurückversetzt werden, jedenfalls der Restituirte keinen Gewinn in Folge des rescindirten Verhältnisses behalten [d]. Indessen kann der Restituirte auch die ertheilte Restitution unbenutzt lassen [e], sonst aber gegen deren Folgen nur unter Voraussetzung eines Restitutionsgrundes wiederum Restitution nachsuchen [f]. Dritten Personen kommt die ertheilte Restitution in der Regel nicht zu Statten [g].

§. 125.

5) Beschränkungen.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand soll in folgenden Fällen überhaupt nicht stattfinden: 1) gegen die Folgen eines von dem Restitution Suchenden begangenen Delicts [a]; 2) gegen Geschäfte mit den Eltern, als solchen [b]; 3) gegen fiscalische Veräußerungen [c];

[a] L. 50. D. de minor. 4. 4. L. 26. §. 7. 8. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [b] L. 27. §. 1. L. 50. D. de minor. 4. 4. L. 19. D. de novat. 46. 2. — L. 7. §. 5. L. 33. D. de minor. [c] L. 27. §. 1...3. L. 40. 48. D. l. c. L. 23. §. 2. L. 28. §. 6. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [d] L. 7. §. 5. L. 24. §. 4. L. 40. §. 1. L. 47. §. 1. L. 50. D. de minor. 4. 4. L. 28. §. 6. L. 29. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. un. Cod. de reputationibus, quae fiunt in iudicio in integrum restitutionis. 2. 48. cf. L. 13. §. 28. D. de act. emti. 19. 1. [e] L. 41. D. de minor. 4. 4. [f] L. 7. §. 9. D. l. c. [g] L. un. Cod. si in communi eademque causa in integrum restitutio postuletur. 2. 26. L. 2. Cod. si unus ex plur. app. 7. 68. cf. L. 10. pr. D. quemadm. serv. am. 8. 6. — L. 7. §. 1. in f. D. de except. 44. 1. L. 13. pr. D. de minor. 4. 4. L. 1. 2. Cod. de fideiussoribus minorum 2. 24.

[a] L. 9. §. 2. 5. D. de minor. 4. 4. cf. L. 1. Cod. si adv. del. 2. 35. [b] L. 2. Cod qui et adv. quos. 2. 42. cf. L. 3. §. 6. D. de minor. 4. 4. L. 2. Cod. si adv. rem iud. 2. 27. L. 8. §. 1. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. Nov. 155. cap. 1. (unglofflrt.) [c] L. 3. Cod. si adv. fisc. 2. 37. L. 5. Cod. de fide hastae. 10. 3.

4) gegen die dreißig- und mehrjährige Verjährung [d]; 5) gegen die Schließung einer Ehe; 6) wenn der Nachtheil, wegen deſſen Reſtitution begehrt wird, unverhältnißmäßig geringer iſt, als derjenige, welcher durch die Reſtitution für Andere entſtehen würde [e].

Anm. [1] Vgl. noch oben §. 118. not. g. l. §. 122 not. f. und überhaupt Bang. §. 177.

[2] Puchta §. 107. Sav. §. 321., insbeſondere über die wichtige Ausnahme unter Nr. 4, gegen Bang. a. a. O. und Burchardi S. 135...138., Sav. Bd. III. S. 421...423.

[d] L. 3. Cod. de praescript. 30. ann. 7. 39. cf. L. 5. Cod. in quib. caus. i. i. r. nec. non est. 2. 41. [e] L. 4. D. de i. i. r. 4. 1. L. 24. §. 2. D. de minor. 4. 4.

Zweites Buch.

Von den Rechten an Sachen.

Erstes Capitel.

Von den Sachenrechten im Allgemeinen.

§. 126.

I. Wesen und Arten der Sachenrechte.

Die eine Hauptclasse der Vermögensrechte unterscheidet sich wesentlich dadurch von andern Rechten, daß jene zum Gegenstande unmittelbar eine Sache haben (§. 48), welche kraft derselben der Willensherrschaft einer Person unterworfen ist. Diese Rechte heißen daher Sachenrechte, auch dingliche Rechte (§. 22). Sie bestehen ihrem Wesen nach, eben weil sie unmittelbar eine Sache zum Gegenstande haben, unabhängig von besondrer Verpflichtung einer bestimmten andern Person, und können daher durch dingliche Klage geltend gemacht werden (§. 97). Jene rechtliche Willensherrschaft aber kann sich auf die Sache im Ganzen erstrecken, ohne Beschränkung auf bestimmte Richtungen der Beherrschung. Ein solches Recht an einer Sache ist das Eigenthum, dominium rei, dominium im vorzüglichen Sinn, an sich der Inbegriff aller Befugnisse, welche einer Person in Ansehung einer Sache rechtlich zustehen können. Aber dieses umfassende Recht kann Beschränkungen erleiden durch Rechte andrer Personen, welchen dieselbe Sache nach bestimmten Beziehungen unterworfen ist. So ergeben sich Rechte an einer fremden Sache, iura in re aliena [1]. Diese haben eben so unmittelbar die Sache zum Gegenstande, wie das Eigenthum, das sie nicht ausschließen, sondern nur, so lange sie bestehen und so

weit sie sich erstrecken, einschränken; sie setzen aber zu ihrer Entstehung fremdes Eigenthum an der Sache voraus; der Eigenthümer selbst kann sie als besondere Rechte nicht haben, weil ihm die ihren Inhalt ausmachenden Befugnisse ohnehin als im Eigenthum enthaltene zustehen. Die umfassendsten, daher dem Eigenthum am nächsten stehenden Rechte dieser Art sind Emphyteusis und Superficies, praktisch wichtiger die ihrem Inhalt nach sehr mannichfaltigen Servituten oder Dienstbarkeiten, persönliche, wie das Recht der Nutznießung oder der Ususfructus, und mit einem Grundstück verbundene, Grunddienstbarkeiten oder iura praediorum. Alle diese betreffen die Benutzung der Sache, wenigstens in so fern, daß sie dem Eigenthümer rücksichtlich der Benutzung der Sache eine Beschränkung zu Gunsten des Berechtigten auflegen, wenn auch nicht alle dem letzten eine positive Benutzung der Sache gewähren. Man kann sie in so fern dingliche Nutzungsrechte nennen. Es gibt aber noch ein Recht an fremder Sache, welches nicht die Benutzung derselben betrifft, sondern dem Berechtigten die Verfügung über das Eigenthumsrecht selbst gewährt, um durch dessen Werth sich Befriedigung für eine Forderung zu verschaffen, das Pfandrecht. Dieses ist indessen nur ein accessorisches Recht einer Forderung, von dieser Seite nahe verwandt der Bürgschaft (§. 93); es ist daher systematisch angemessener, dasselbe mit der Lehre von den Obligationen in Verbindung zu bringen, um so mehr, als auch Forderungen selbst Gegenstand der Verpfändung geworden sind und daher das Pfandrecht jedenfalls nicht in jeder Gestaltung als ein Recht an einer (körperlichen) Sache sich darstellt [2].

Anm. [1] Die Römer bedienen sich in Beziehung auf diese Rechte, im Gegensatz des Eigenthums, schlechthin des Ausdrucks: ius in re habere, und das nicht als einer regelmäßigen technischen Bezeichnung. L. 30. D. de noxal. act. 9. 4. L. 19. pr. D. de damno infecto. 39. 2. „Sive domini sint sive aliquod in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius.“ Wie aber die Worte dominium, dominus, sc. rei oder corporis, corporalium rerum, auf die vollkommene rechtliche Herrschaft über eine Sache deuten, L. 4. pr. D. comm. div. 10. 3., so wird auch wohl das Haben eines andern Rechts, als Herrschaft über eine unkörperliche Sache, gleicherweise bezeichnet, z. B. dominium ususfructus in L. 3. D. si ususfr. pet. 7. 6., hereditatis dominus in L. 48. pr. D. de hered. inst. 28. 5., so wie dominium und dominus proprietatis in L. 17. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. u. a. Vgl. §. 22. Anm. 5. §. 48. Anm. 1. Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 256. fg. — Zur Litteratur dieser Lehre: K. Sell, römische Lehre v. d. dinglichen

Rechten, 1. Thl. Bonn 1852., und darüber Dernburg's ſtrenge Kritik in d. Heidlb. krit. Ztſchr. I. S. 138 fg.

[2] Ueber den Gegenſatz der „dinglichen Nutzungsrechte" und des Pfandrechts vgl. Blume's Grundriß des Pandectenrechts, erſte Auflage, S. XIX. Was die Stellung der Lehre vom Pfandrecht betrifft, ſo wird ſie in den neuern Syſtemen faſt allgemein in der Lehre von den Sachenrechten abgehandelt, auch von ſolchen, die ſelbſt das Pfandrecht an einer Sache nicht als ein ius in re anſehen. Sint. §. 37. 67. Der Verfaſſer dieſes Lehrbuchs iſt ſchon lange davon abgewichen, auch in ſeinem Grundriß zu Pandectenvorleſungen, München 1840, und hat dieß zu rechtfertigen verſucht in den krit. Jahrb. VII. S. 300. fg., nicht bloß als „eine Utilitätsmaßregel" (Sint. a. a. O.), ſondern durch den innern Zuſammenhang der Rechtsinſtitute (§. 22. a. E.), den „ein verjährter Beſitzſtand" nicht auflöſen kann. Uebrigens führt Sint. S. 603. auch einen Grundriß, angeblich von Rudorff, Berlin 1830, an, welcher das Pfandrecht ins Obligationenrecht geſtellt habe, und ſo hat es zeitweiſe auch der ältere Haſſe angemeſſen gefunden. Vgl. auch Deurer Grundriß für äußere Geſch. und Inſt. d. R. R. §. 180. fg.

§. 127.

II. Erwerb und Verluſt der dinglichen Rechte.

Für den Erwerb des Eigenthums und dinglicher Nutzungsrechte ſtellte man bis gegen Ende des achtzehnten Jahrhunderts gewöhnlich als allgemeines Erforderniß das Daſeyn eines ſogenannten titulus und modus acquirendi auf. Dieſe Theorie, die indeſſen auf neuere Geſetzgebungen nicht ohne Einfluß geblieben, iſt jetzt allgemein als falſch und unhaltbar aufgegeben [1]. Es fehlt überhaupt an Regeln für den Erwerb, die allen Arten der Sachenrechte zugleich gemeinſam und eigenthümlich wären (§. 56). Dagegen gibt es beſondere Gründe des Verluſtes dieſer Rechte, die aus deren gemeinſamer Natur ſich ergeben. Dahin gehört der Untergang der Sache und die Aufhebung ihrer Verkehrsfähigkeit [a] (§. 49), ſodann [2] deren Uebergang in die Gewalt des Feindes [b], und rückſichtlich der Rechte an wilden Thieren, deren Rückkehr zu ihrer natürlichen Freiheit [c].

Vermöge beſonderer Rechtsvorſchrift ſoll der Erfolg jeder vom Fiscus, desgleichen vom Regenten oder deſſen Gemahlin, vorgenommenen Veräußerung gegen alle Rechtsanſprüche dritter Perſonen auf den Gegenſtand der Veräußerung vollkommen geſichert, und

[a] L. 7. §. 5. 6. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 23. 24. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 1. L. 8. pr. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. L. 1. Cod. de iure emphyt. 4. 66. [b] L. 2. 3. 20. §. 1. L. 28. D. de capt. et postlim. 49. 15. L. 10. Cod. cod. 8. 51. [c] §. 12. 13. J. de rer. div. 2. 1. L. 3. §. 2. L. 5. pr. §. 5. D. de acquir. dom. 41. 1.

dafür dieſen nur ein in vier Jahren zu verfolgender Entſchädigungsanſpruch gegen den Veräußernden gewährt ſeyn [4]. Daraus folgt, daß durch ſolche Veräußerung einer Sache alle bisher andern Perſonen an derſelben zuſtehenden dinglichen Rechte aufgehoben werden, welche den Rechtserwerb, der dadurch dem Empfänger gewährt werden ſollte, ganz oder zum Theil vereiteln würden [3].

Anm. [1] Vgl. Hugo im civ. Mag. I. 11. „Berichtigung einiger gewöhnlichen Vorſtellungsarten in Höpfner's Commentar" S. 226...232. (1790), und IV. 6. S. 137...183. „Vollſtändige Darſtellung der Lehre vom (iustus) titulus und ſ. g. modus adquirendi" (1812).

[2] In Anſehung gewiſſer Sachen gilt nach R. R. das ius postliminii, d. h. wenn ſie aus der feindlichen Gewalt befreit ſind, ſo leben die frühern Rechte daran wieder auf (recipiuntur postliminio); es ſind Grundſtücke und Sklaven, ſodann Schiffe und Pferde oder Maulthiere, die im Kriege gebraucht werden (not. b.). Ueber die heutige Anwendung dieſer Beſtimmungen vgl. Puchta §. 143. not. b. Schmid Hdb. I. S. 68...70.

[3] Ueber den Umfang dieſer Rechtsvorſchrift vgl. Arndts in Linde's Ztſchr. XIX. S. 3...9., über deren Grund S. 20...22. Die heutige Anwendbarkeit bezweifelt Sint. §. 39. not. 4. (der übrigens, wohl nur aus Verſehen, die Entſchädigungsklage auf ein Jahr beſchränkt); anerkannt iſt ſie in einem hannöveriſchen, verworfen in einem holſteiniſchen oberſtrichterlichen Erkenntniß. Seuffert's Arch. V. 109. 110.

§. 128.

III. Auflöſung des Erwerbs dinglicher Rechte.

Rechte an Sachen, welche durch abgeleiteten Erwerb (translative oder conſtitutive Uebertragung, §. 56) einmal begründet worden, beſtehen an ſich unabhängig von dem Rechtsurheber, von welchem ihr Erwerb herrührt. Allein es kann Jemand ein Recht, als ein ſog. widerrufliches, in der Art haben, daß unter gewiſſen Vorausſetzungen daſſelbe mit rückwirkender Kraft aufgehoben wird. In dieſem Fall werden zugleich die kraft deſſelben Rechts andern Perſonen übertragenen Rechte aufgehoben. Resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum, oder: Resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis. Dieſer Fall kann namentlich durch Erfüllung einer Bedingung eintreten, ſey es, daß jenes Recht dem

[4] L. 2. 3. Cod. de quadriennii praescr. 7. 37. §. ult. J. de usucap. 2. 6. cf. L. 5. D. de iure fisci. 49. 14.

Uebertragenden unter einer auflöſenden Bedingung erworben [a], oder damals ſchon einem Andern unter einer aufſchiebenden Bedingung übertragen war [b], deren Erfüllung nun auf jenen Zeitpunkt zurückwirkt (ſog. revocatio ex tunc). Die Aufhebung tritt hier ipso iure ein; das fragliche Recht fällt von ſelbſt demjenigen zu, deſſen Erwerb oder Rückerwerb von der erfüllten Bedingung abhängig war [c]. Ein andres iſt es, wenn nur eine Forderung auf Rückübertragung eines dinglichen Rechts begründet iſt, welche auf die inzwiſchen dritten Perſonen eingeräumten Rechte nicht zurückwirken kann [d] (ſog. revocatio ex nunc), und dieß iſt regelmäßig der Fall, wenn das Recht nur durch eine Zeitbeſtimmung eingeſchränkt iſt [e]. Indeſſen können dingliche Rechte [f] auch in der Art rückſichtlich ihrer Dauer beſchränkt ſeyn, daß ſie durch den Eintritt eines Endtermins zwar ipso iure, aber ohne rückwirkende Kraft, aufgehoben werden, und dieß findet in einem Falle auch beim Eigenthum ſtatt [g]. Uebrigens beſteht das dingliche Recht, deſſen Erlöſchung aus irgend einem Grunde (ex tunc oder ex nunc) zu erwarten ſeyn mag, inzwiſchen, bis zum Eintritt des die Aufhebung bewirkenden Umſtandes, in voller Wirkſamkeit [h].

Anm. Vgl. Sintenis, von der ſogenannten Revocabilität der Sachenrechte, in Linde's Ztſchr. XX. 2. Civilrt. §. 39. Puchta §. 142.

§. 129.

IV. Ausübung der Sachenrechte. Beſitz.

Eigenthum und dingliche Nutzungsrechte geſtatten ihrer Natur nach eine fortgeſetzte Ausübung (§. 92). Das Eigenthum iſt das Recht vollkommener Herrſchaft über die Sache, die ſich thatſächlich in beliebigen Verfügungen über dieſelbe, mit Ausſchließung Andrer, äußern kann. Die dinglichen Nutzungsrechte geben ebenfalls, nur in beſtimmter Richtung und Beſchränkung, eine Herrſchaft über die Sache, die ſich in wiederholter Ausübung gewiſſer Befugniſſe

[a] L. 4. § 3. D. de in diem add. 18. 2. L. 3. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. cf. L. 9. D. de aqua pluv. 39. 3. [b] L. 105. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 11. § 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 16. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. [c] L. 69. § 1. L. 81. pr. D. de legat. I. — L. 41. pr. D. de rei vind. 6. 1. L. 13. pr. D. de pign. act. 13. 7. (§. 71. Anm. 4.) [d] §. 71. l. c. L. 21. § 1. L. 43. § 8. D. de aed. ed. 21. 1. [e] L. 26. Cod. de legat. 6. 37. L. 4. D. de servit. 8. 1. cf. L. 44. § 1. D. de O. et A. 44. 7. [f] L. 1. § 3. L. 15. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 5. Cod. de usufr. 3. 33. [g] L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. [h] L. 66. D. de rei vind. 6. 1. L. 4. § 3. 4. D. de in diem add. 18. 2.

oder Behauptung eines gewissen Zustandes in Ansehung der Sache thatsächlich geltend macht. Dem Rechte an der Sache entspricht also ein gewisses thatsächliches Verhältniß, worin sich die rechtliche Willensherrschaft in Ansehung der Sache fortwährend an den Tag legt. Dieses kann jedoch auch als bloße Thatsache stattfinden, unabhängig von dem wirklichen oder anerkannten Daseyn des entsprechenden Rechts. Der rechtlichen Ordnung gemäß soll aber die thatsächlich geübte Willensherrschaft schon als solche geachtet werden, so lange nicht im Wege Rechtens ein entgegenstehendes Recht dagegen geltend gemacht ist; es ist derselben schon an sich ohne Rücksicht auf das Recht, welches sie begründen könnte, ein gewisser Rechtsschutz verliehen. So ergibt sich, als ein Verhältniß von eigener juristischer Bedeutung, der Besitz einer Sache oder eines Rechts an der Sache. Jene thatsächliche Ausübung des Eigenthums stellt sich, da dieses die Sache in ihrer Totalität ergreift, als Besitz der Sache selbst dar, und davon hat die ganze Theorie des Besitzes ihren Ausgang genommen; bei den übrigen Rechten an einer Sache aber kann man eben nur das Recht, nach seinem Inhalt im Allgemeinen aufgefaßt, als den Gegenstand des Besitzes bezeichnen. Daher unterscheiden wir Besitz der Sachen, welcher dem Eigenthum correspondirt (Eigenthumsbesitz, §. 135 fgg.), und Besitz der dinglichen Nutzungsrechte, welcher als Analogon des Besitzes von Sachen gewöhnlich Quasibesitz genannt wird (§. 192).

Anm. [1] Eine eben so einflußreiche als verdienstvolle Bearbeitung der wichtigen Lehre vom Besitze enthält: Savigny, das Recht des Besitzes. Gießen 1803. (Vgl. die Rec. von Thibaut in der Allg. Litt. Ztg. v. 1804. Nr. 41...43.) Sechste Auflage. Gießen 1837. Vollständige Litteraturangaben daselbst S. XV....LXXII. Dazu vgl. noch Puchta im Rtslex. II. S. 41...73. (Kl. civ. Schriften Nr. 26.) und jetzt insbesondere C. G. Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen, 1848; sodann Molitor, la possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain, avec les rapports entre la legislation romaine et le droit francais. Gand 1851. — Keine Bereicherung der Litteratur dieser Lehre ist: „der Besitz nach d. R. R., hie und da mit Berücksichtigung der neuern Gesetzbücher", von Zielonacki, Berlin 1854.

[2] Der Begriff des Besitzes als eines rechtlich geschützten Verhältnisses thatsächlicher Rechtsausübung ist auch bei andern Rechten anwendbar, welchen eine dauernde oder sich wiederholende Ausübung entspricht. Bruns S. 477...486. Er ist auch wirklich im neuern Recht noch auf andre Rechte ausgedehnt worden, obwohl streitig, in welchem Umfange? Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S.

368...374. Aber im R. R. kommt er nur in Anwendung auf Sachen (Eigenthum) und dingliche Nutzungsrechte vor, worauf ihn auch die Gesetzgebung der neuesten Zeit wieder zu beschränken versucht. Arndts in krit. Jahrb. XI. S. 804. fg. und in d. krit. Ueberschau I. S. 146. 353. fg. Daher findet die Lehre vom Besitze in der Lehre vom Eigenthum, beziehungsweise von den dinglichen Nutzungsrechten, ihre geeignete Stelle. Arndts a. a. O. Bruns S. 486. Wenn auch der Grund des Besitzschutzes in der Achtung des in thatsächlicher Unterwerfung eines Gegenstandes sich äußernden Willens der Person, der nur dem Rechte, nicht der bloßen Willkür Andrer zu weichen braucht, zu finden ist, so genügt dieß doch nicht, um das Recht des Besitzes mit Puchta §. 122. als ein Recht an der eigenen Person hinzustellen (G. Hasse im Rh. Mus. VI. S. 184. fg. Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rtsw. VII. S. 101. fg.), noch auch wird dadurch in der systematischen Darstellung die Losreißung des Besitzes von den Rechtsverhältnissen, denen er als Factum der Rechtsausübung gegenüberssteht, gerechtfertigt. Vgl. übrigens über die verschiedenen Ansichten in dieser Beziehung Savigny a. a. O. §. 6. Mühlenbruch §. 229. Böcking Inst. I. §. 123.

Zweites Capitel.

Vom Eigenthum.

I. Wesen und Inhalt des Eigenthums.

§. 130.

A. Nähere Bestimmung des Begriffs.

Das Eigenthum ist seinem Grundbegriffe nach das einem Subjecte zustehende Recht vollkommener Herrschaft über eine Sache, vermöge dessen man also sagen kann, daß die Sache im Ganzen dieser Person gehöre (§. 48), und welches nach römischem Recht unbedingt gegen jeden, der ihr die Ausübung dieser Herrschaft entzieht, durch eine dingliche Klage (rei vindicatio) geltend gemacht werden kann. In dem Inhalt des Eigenthums kann man eine positive und eine negative Seite unterscheiden; jene, indem der Eigenthümer berechtigt ist, selbst in jeder beliebigen Weise, auch durch Zerstörung, über die Sache zu verfügen; diese, indem er eben so berechtigt ist, jeden Andern von der Einwirkung auf die Sache auszuschließen. Bei dem Eigenthum an Grund und Boden erstreckt sich dieses auch auf das, was sich unter der Oberfläche befindet, wie auf den Raum über dem Grundstück, soweit der Natur

der Sache nach in beiden Richtungen die ausschließliche Herrschaft eines Einzelnen sich geltend machen kann[1]. Uebrigens ist es unnöthig, die Befugnisse des Eigenthümers näher zu bestimmen; auch die früher gewöhnliche Unterscheidung von sog. Proprietäts- und Nutzungsrechten ist eben so unfruchtbar als unsicher. Indessen schließt es den Begriff des Eigenthums nicht aus, wenn, entweder durch besonders begründete Rechte Andrer oder auch durch allgemeine Rechtsvorschrift, einzelne in der sonst unbegränzten Herrschaft enthaltene Befugnisse aus dem Eigenthum herausgenommen werden, so wenig wie der Begriff der persönlichen Freiheit dadurch aufgehoben wird, daß man die den Rechten andrer Personen entsprechenden Pflichten erfüllen und sich den allgemeinen Rechtsvorschriften unterordnen muß[2].

Anm. [1] Vgl. a) L. 1. pr. D. de s. p. u. 8. 2. „coelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet." L. 9. eod. L. 8. §. 5. L. 14. §. 1. D. si serv. vind. 8. 5. L. 26. D. de damno inf. 39. 2. L. 1. §. 11. 21. D. de aquae pluv. 39. 3. L. 21. §. 2. D. quod vi. 43. 24. In opere novo tam soli quam coeli mensura facienda est. L. 22. §. 4. eod. b) L. 13. §. 1. comm. praed. 8. 4. L. 7. §. 13. 14. L. 8. pr. D. sol. matr. 24. 3. L. 26. cit. L. 1. §. 12. D. de aquae pluv. 39. 3. Also richtig verstanden kein „Märchen von der Luftsäule" (Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen, III. S. 447. fg.

[2] Auf das Eigenthum findet analog dasselbe Anwendung, was L. 4. pr. D. de statu hom. 1. 5. in der Definition der Freiheit andeutet: Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid (vi aut) iure prohibetur.

B. Beschränkungen des Eigenthums.

§. 131.

1) Rücksichtlich der Verfügung über die Sache.

Eine Beschränkung des Eigenthums kann entweder die positive oder die negative Seite des Eigenthums betreffen, indem der Eigenthümer entweder eine Verfügung über die Sache, die ihm kraft des unbeschränkten Rechts zustände, sich versagen oder von Seiten Andrer etwas dulden muß, was er sonst verwehren könnte. Sie kann entweder durch ein besonders erworbenes Recht einer andern Person begründet seyn (§. 126), oder auf einer Rechtsvorschrift beruhen, welche den Umfang der Eigenthumsbefugnisse im Allgemeinen beschränkt. Beschränkungen der letzten Art sind aus

rechtspolitischen Gründen, namentlich in Beziehung auf das Grundeigenthum, und zwar vorzüglich im Interesse nachbarlicher Grundbesitzer, manche eingeführt. Man pflegt diese als gesetzliche Dienstbarkeiten (Legalservituten) zu bezeichnen. Sie sind nicht nach subjectiver Billigkeit weiter auszudehnen.

Anm. Gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums sind folgende: Der Grundeigenthümer muß 1) das Ueberhängen von Baumzweigen, 15 Fuß hoch vom Boden, dulden, jedoch nicht auf ein Gebäude, Dig. de arboribus caedendis. 43. 27. cf. L. 1. Cod. de interd. 8. 1.; 2) dem Nachbar gestatten, je den dritten Tag übergefallene Früchte abzuholen, Dig. de glande legenda. 43. 27.; 3) von dem Nachbargrundstücke aus den nicht ungewöhnlich beschwerlichen Rauch u. dgl., L. 8. §. 5...7. D. si serv. vind. 8. 5., und 4) die Ausweichung der Wand des Nachbarn unter einem halben Fuß dulden, L. 17. pr. D. l. c.; auch 5) nöthigenfalls, gegen billige Entschädigung, einen Weg über sein Grundstück einräumen (Nothweg), arg. L. 14. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 12. pr. D. de religiosis. 11. 7.; so wie zu öffentlichem Wege den erforderlichen Platz hergeben, L. 14. §. 1 cit.; ferner 6) Nachgrabungen nach erst zu entdeckenden Metallen oder Steinen u. dgl., ohne Beschädigung der Oberfläche, gegen Abgabe von $^1/_{10}$ des Gewinns, gestatten. L. 3. 6. Cod. de metallariis. 11. 6. cf. L. 13. §. 1. D. comm. praed. 8. 4. Sodann darf er nicht 7) dem zur Reinigung des Getreides bestimmten Platze des Nachbarn die Zugluft verbauen, L. 14. §. 1. Cod. de servit. 3. 34., noch auch 8) den natürlichen Ablauf des Regenwassers zum Schaden des benachbarten Grundstücks ändern oder hemmen. Dig. de aqua et aquae pluviae arcendae (actione). 39. 3., und kann endlich 9) angehalten werden, dem Nachbarn Gefahr drohende Gebäude oder dgl. im erforderlichen Stande zu erhalten oder andere gefährliche Anlagen zu beseitigen. Dig. de damno infecto. 39. 2. cf. L. 17. §. 2. D. si serv. vind. 8. 5. Außerdem kann der Eigenthümer der in Gebäude oder Weinberge verwendeten Materialien nicht deren Trennung verlangen, wofür ihm aber ein Anspruch auf Ersatz des doppelten Werthes gegeben ist. Dig. de tigno iuncto. 47. 3. Ueber diese und andere antiquirte Beschränkungen des Eigenthums vgl. Dirksen in der Ztschr. für gesch. Rtsw. II. 16. Puchta Curs. der Inst. II. §. 231. Seuffert Erörtr. II. S. 8. fg. Vang. §. 297. 298. Böcking Pand. II. §. 5. Particularrechtlich gibt es darüber noch manche andere und abweichende Bestimmungen.

§. 132.

2) Rücksichtlich der Verfügung über das Recht.

Der Eigenthümer ist der Regel nach auch befugt, sowohl das Eigenthum im Ganzen einem Andern zu übertragen, als auch einzelne Bestandtheile desselben, die alsdann den Inhalt eines das Eigenthum beschränkenden dinglichen Rechts bilden, Andern einzuräumen. In dieser Beziehung kann aber derselbe durch Veräußerungs-

verbote beſchränkt ſeyn [a], entweder geſetzliche, oder richterliche, oder auf einer Privat-Dispoſition (Vertrag oder letztwilliger Verfügung) beruhende [b]. Die Veräußerung gegen ein geſetzliches [c] oder rechtsgültiges richterliches Verbot [d] iſt nichtig, hindert alſo den Uebergang des Eigenthums [e], ſo daß die Sache gegen jeden Beſitzer, auch von dem Veräußernden ſelbſt, welchem jedoch nach Umſtänden doli exceptio entgegenſteht [f], vindicirt werden kann. Ein letztwilliges Veräußerungsverbot hat dieſe Wirkung nur, ſofern die Veräußerung einem Vermächtniß zu Gunſten eines Dritten widerſtreitet, welchem durch dieſes unmittelbar vom Erblaſſer ein dingliches Recht gewährt wird [g]. Die einem vertragsmäßigen Veräußerungsverbot widerſtreitende Veräußerung iſt, höchſtens einen Fall ausgenommen [h], niemals nichtig [i], es ſey denn in Kraft einer auflöſenden Bedingung (§. 128); ſie begründet nur eine perſönliche Klage gegen den Veräußerer, ſey es auf Rückgabe [k], oder auf das Intereſſe [l], oder auf Zahlung einer verabredeten Strafe [m]. Uebrigens trifft auch das geſetzliche Verbot nicht die Veräußerung, welche, unabhängig von der Willkür des Eigenthümers oder ſeines Stellvertreters, kraft ſelbſtſtändigen Rechts eines Dritten herbeigeführt wird [n].

Anm. [1] Ueber die Veräußerungsverbote überhaupt und insbeſondere die Frage, ob auch der Veräußerer ſelbſt die verbotwidrig veräußerte Sache vindiciren könne? vgl. Bang. §. 299. Lauk in Linde's Zſchr. V. 1. Brandis daſ. VII. S. 180...187. Schmid Hdb. §. 4. Bachofen, auserwählte Lehren, Nr. II...IV.

[2] Die Stelle, welche eine Ausnahme von der regelmäßigen Wirkung eines vertragsmäßigen Veräußerungsverbotes zu ſtatuiren ſcheint (not. h.), lautet nach der gewöhnlichen Lesart: „Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit? et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit? Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactione stetur:“ womit auch

[a] Inst. quibus alienare licet vel non. 2. 8. Cod. de rebus alienis non alienandis et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca. 4. 51. cf. L. 28. D. de V. S. [b] L. 7. Cod. l. c. cf. L. 4. Cod. de litig. 8. 37. (§. 113. Anm. 4. h.) Dig. de fundo dotali. 23. 5. de reb. eorum. 27. 9. [c] L. 5. D. l. c. L. 16. D. de fundo dotali. [d] arg. L. 12. D. de usurp. et usucap. 41. 3. [e] L. 3. 11. 15. Cod. de praediis. 5. 71. [f] L. 10. 13. D. l. c. 27. 9. L. 10. 14. 16. Cod. l. c. 5. 71. L. 17. D. de evict. 21. 2. [g] L. 1. 3. §. 3. Cod. comm. de legat. 6. 43. [h] L. 7. §. 2. D. de distr. pign. 20. 5. [i] L. 61. D. de pactis. 2. 14. [k] L. 3. Cod. de cond. ob causam dat. 4. 6. [l] L. 75. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 21. §. 5. D. de act. emti. 19. 1. L. ult. Cod. de pact. int. emt. 4. 54. L. 135. §. 3. D. de V. O. 45. 1. [m] L. 11. D. de relig. 11. 7. [n] L. 1. pr. D. de fundo dot. 23. 5. L. 3. §. 1. L. 7. §. 1. D. de reb. eor. 27. 9. L. 13. D. fam. erc. 10. 2.

übereinſtimmt in den Basil. L. 7. §. 2. XXV. 7. *Καλῶς ὁ δανειστὴς συμφωνεῖ, μὴ ἐξεῖναι τῷ χρεώστῃ πωλεῖν τὸ ἐνέχυρον.* (Heimb. III. p. 85.) Nach Accurſius lautete eine andere handſchriftliche Lesart: *nullam esse pactionem* oder *conventionem, ut venditioni stetur.* Hiernach hat ſchon Janus a Costa ad §. 1. J. l. c. im erſten Satze emendirt: *si pactum sit a debitore, ne liceat creditori h. v.*, und dieſe Lesart wird als die allein haltbare vertheidigt von Puchta in der Ztſchr. für geſch. Rtsw. XII. 6. (kl. Schr. Nr. 38.) Inſt. II. S. 648. not. l. „Die Stelle wäre das Gedankenloſeſte, was je ein römiſcher Juriſt geſchrieben, wenn ſie in dieſer Geſtalt (nach der florentiniſchen Lesart nämlich) aus Marcian's Feder gefloſſen wäre.“ Dagegen vgl. wieder Sint. §. 38. not. 16. übereinſtimmend mit Bang. §. 299. S. 632. u. a., gegen dieſe aber Schmid S. 41. not. 22.

§. 133.

C. Miteigenthum.

Das Eigenthum kann ſeinem Begriff nach (§. 130) nicht gleichzeitig Mehreren an derſelben Sache ungetheilt zuſtehen; duorum in solidum dominium esse non potest [a]. Dadurch iſt nicht ausgeſchloſſen, daß eine Sache gleichzeitig nach intellectuellen Theilen im Eigenthum mehrerer Perſonen ſich befinde, res plurium communis pro partibus indivisis ſey [b]. Dieß iſt gemeinſchaftliches Eigenthum oder Miteigenthum (condominium), zu unterſcheiden von dem Eigenthum verſchiedener Perſonen an körperlich beſtimmten oder reellen Theilen (partes pro diviso) einer Sache [c], wie von dem Eigenthum einer juriſtiſchen Perſon, die eben nur ein Eigenthümer iſt [d]. Ueber die gemeinſame Sache ſelbſt oder irgend einen reellen Theil derſelben zu verfügen, ſteht keinem Miteigenthümer allein und ausſchließlich, ſondern nur dem vereinten Willen aller Miteigenthümer zu [e], unter denen ſich aus dieſem Verhältniß gegenſeitige obligatoriſche Rechtsanſprüche ergeben [f]. Doch iſt jeder von ihnen befugt, zur Erhaltung der gemeinſamen Sache, nöthigenfalls auch ohne Zuſtimmung der übrigen, das Erforderliche vorzukehren, und kann von dieſen für angemeſſene Verwendung zu jenem Zweck verhältnißmäßigen Erſatz fordern, deſſen Nichtleiſtung, im Fall nothwendiger Ausbeſſerung eines gemeinſamen Gebäudes, nach einer Friſt von vier Monaten ſogar zur Folge haben ſoll, daß jener auch die Eigenthumsantheile der ſäumigen Miteigenthümer erwirbt [g].

[a] L. 5. §. 15. D. commod. 13. 6. [b] L. 5. D. de stip. serv. 45. 3. (§. 53.) [c] L. 25. §. 1. D. de V. S. [d] §. 6. J. de rer. div. 2. 1. L. 6. §. 1. D. de div. rer. 1. 8. [e] L. 11. D. si serv. vind. 8. 5. L. 8. 27. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. 28. D. comm. div. 10. 3. [f] L. 26. D. de s. p. u. 8. 2. Dig. communi dividundo. 10. 3. [g] L. 4. §. 3. D. l. c. L. 52. §. 10. D. pro socio. 17. 2. L. 4. Cod. de aedificiis. 8. 10.

Dagegen kann jeder Miteigenthümer selbstständig über das Recht seines Theileigenthums verfügen [h], wie der einzige Eigenthümer über das Eigenthum der ganzen Sache (§. 132), jedoch nicht einseitig ein untheilbares dingliches Recht an der Sache einem Dritten einräumen, als welches auch die Antheile der Miteigenthümer betreffen würde [i].

§. 134.

D. Arten des Eigenthums.

Mit Rücksicht auf §. 128. pflegt man widerrufliches und unwiderrufliches Eigenthum (dom. revocabile und irrevocabile), mit Rücksicht auf §§. 126. 131. 132. beschränktes und unbeschränktes (dom. limitatum und illimitatum) zu unterscheiden. Eine im ältern römischen Recht wichtige Unterscheidung zwischen streng römischem (quiritischem) und sog. bonitarischem Eigenthum ist im Justinianischen Recht beseitigt. Eine in der neuern Rechtswissenschaft üblich gewordene Unterscheidung zwischen dominium directum und dominium utile ist wenigstens im römischen Recht nicht begründet.

Anm. Ein sog. dominium utile nahmen die Glossatoren 1) in gewissen Fällen an, in welchen nach Justinianischem Recht volles wahres Eigenthum stattfindet, wenn gleich nach ältern Recht nur eine utilis rei vindicatio gegeben war, 2) in andern Fällen, beim Emphyteuta und Superficiar, wo in der That nur ein ius in re aliena vorliegt. In den Fällen der letzten Art stellten sie dem dominium utile das übrig bleibende Recht des wahren Eigenthümers als dominium directum gegenüber, welches letzte dann aber zugleich wieder ein dominium utile im ersten Sinn seyn könnte. Dieser Gegensatz wurde dann auch auf verwandte Verhältnisse des neuern Rechts angewendet. Daß nun aber derselbe im römischen Recht keinen Grund hat, ist jetzt allgemein anerkannt, nach Thibaut, Versuche II. 3. Aber auch in Anwendung auf deutschrechtliche Verhältnisse ist das sog. dominium utile (Nutzeigenthum), im Gegensatz von dominium directum (Obereigenthum), ein Begriff von sehr problematischem Inhalt. Dasselbe gilt von dem deutschrechtlichen Begriff des Gesammteigenthums, welches eine Art von dominium plurium in solidum (§. 133.) seyn soll. Vgl. Duncker in der Ztschr. für deutsches Recht. II. 2. Arndts in krit. Jahrb. XI. S. 813. Schmid Hdb. I. S. 3. 15...17. II. S. 3. 58. 88. 117. Puchta §. 114.

[h] Cod. de communium rerum alienatione. 4. 52. L. un. Cod. si communis res pignori data sit. 8. 21. [i] L. 2. D. de servit. 8. 1. cf. L. 1. §. 9. D. ad leg. Falcid. 35. 2.

II. Eigenthumsbesitz [a].

§. 135.

A. Begriff und rechtliche Bedeutung des Besitzes.

Besitz einer Sache ist thatsächliche Herrschaft über dieselbe. Es gehört dazu ein äußeres Verhältniß zur Sache, welches die Gewalt über diese bedingt, die Möglichkeit, über dieselbe mit Ausschließung Andrer zu verfügen [b]. Verbindet sich damit der Wille, die Sache für sich gleich wie ein Eigenthümer unbedingt zu beherrschen (sog. animus domini), wenn auch ohne die Meinung, Eigenthümer zu seyn [c], so ist Besitz im engern Sinn, Eigenthumsbesitz, vorhanden [1]. Dieser, obwohl an sich immer nur eine Thatsache [d], hat rechtliche Bedeutung, ist juristischer Besitz, weil er durch besondere Klagen (Interdicte) gegen eigenmächtige Störung und Entziehung geschützt ist [e]. So hat der Besitzer als solcher [f] schon ein Recht (ius possessionis), das aus der bloßen Thatsache des Besitzes hervorgeht [g], wenn auch das Recht zum Besitze (ius possidendi) einem Andern zustehen mag. Der Eigenthümer hat das Recht zu besitzen, der Besitzer übt dieses Recht thatsächlich aus. Jenes äußere Verhältniß zur Sache kann aber auch mit beschränkterm Willen verbunden seyn, der neben sich den Eigenthumswillen einer andern Person zuläßt und anerkennt. Dieß ist wohl auch Besitz, im weitern Sinn, Detention oder Detentation, Inhaben der Sache; aber ein solcher Inhaber hat nicht jenes Recht des Besitzes, ist also nicht juristischer Besitzer der Sache, er detinirt diese nur im Namen eines Andern, der durch ihn besitzt [h]. Jedoch ist in einigen Fällen einem bloßen Inhaber, der nicht Eigenthumswillen hat, nämlich dem Pfandgläubiger [i], dem Sequester [k], und dem Precaristen [l], anstatt derjenigen, in deren Namen sie besitzen, der Rechtsschutz verliehen, der regelmäßig nur mit dem Eigenthumsbesitz verbunden ist. Darin liegt eine Uebertragung des Besitzrechtes von dem eigentlichen Besitzer auf diese Personen, weßhalb dieser Besitz passend abgeleiteter juristischer Besitz genannt wird [2]. Der animus

[a] Dig. de acquirenda vel amittenda possessione. 41. 2. Cod. de acquirenda vel retinenda possessione. 7. 32. [b] L. 1. pr. §. 3. D. h. t. [c] cf. Theophil. ad §. 4. J. 2. 9. §. 2. J. 3. 29. Basil. 50. 2. c. 64. Harmenopul. 2. 1. §. 2. [d] L. 1. §. 4. D. h. t. [e] §. 3...6. J. de interdictis. 4. 15. [f] L. 2. D. uti possid. 43. 17. [g] L. 44. pr. D. h. t. [h] §. 5. J. l. c. [i] L. 1. §. 15. D. h. t. L. 16. D. de usucap. 41. 3. L. 35. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. [k] L. 39. D. h. t. L. 17. §. 1. D. depos. 16. 3. [l] L. 10. §. 1. D. h. t. L. 4. §. 1. D. de precario. 43. 26.

possidendi iſt alſo hier nicht animus domini, ſondern nur auf Ausübung dieſes übertragenen Beſitzrechts gerichteter Wille.

Anm. [1] Der Charakter des zum juriſtiſchen Beſitz erforderlichen Willens wird in den byzantiniſchen Rechtsquellen (not. e.) treffend bezeichnet als *ψύχη δεσπόζοντος*. Theophilus namentlich (ad §. 2. J. 3. 29.) bezeichnet den Unterſchied zwiſchen Detention und Beſitz in folgender Weiſe: *Διαφορά τοῦ κρατεῖν* (d. i. tenere) *καὶ τοῦ νέμεσθαι* (d. i. possidere) *αὕτη· ὅτι κρατεῖν, ἐστι φυσικῶς κατέχειν, νέμεσθαι δε τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν.* cf. ad §. 5. J. 4. 15. *Νεμόμεθα ... καὶ δι ἑτέρων ... ὁποίῳς ἐστιν ὁ μισθούμενος* (.. *καὶ ὁ ἔνοικος ... ἐκείνων γὰρ κατεχόντων φυσικῶς, ἐγὼ τῷ νόμῳ νέμομαι.* So ſagt auch Julian (Ztſchr. f. geſch. Rtsw. XIV. S. 134.) „*Κύριος γὰρ νόμῃ ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατεχή.*“ Dieſem Ausdruck würde der lateiniſche „animus dominantis“ genauer entſprechen; doch iſt auch „animus domini“ nicht ſo verwerflich, wie Böcking §. 123 not. 6. behauptet; nur darf man dieſen nicht als „die Abſicht, jetzt dominus der Sache zu ſeyn“ auffaſſen, welchen Sinn weder das Wort an ſich ausdrückt noch irgend ein Schriftſteller über Beſitz demſelben beigelegt haben mag. Uebrigens iſt freilich über das Weſen des Beſitzwillens unendlicher Streit. Ueber eine Reihe vergeblicher Verſuche, daſſelbe anders, als oben geſchehen, zu charakteriſiren, vgl. Savigny Recht des Beſitzes §. 9, welcher mit der Bemerkung ſchließt (S. 15.): „In allen dieſen neuern Schriften iſt alſo viele Mühe ohne Reſultat, ja eigentlich ohne ein erhebliches Ziel aufgewendet worden.“ Dieſe Bemerkung findet auch Anwendung auf Schmidt's Abh. über den Willen und die Gränzen der Thätigkeit des Beſitzers, in Linde's Ztſchr. XX. 4., welche auszuführen ſucht, daß dieſer Wille und dieſe Thätigkeit nur auf den Schutz und Gebrauch der Sache, nicht auch (wie beim Eigenthümer) auf deren Verbrauch gerichtet ſeyn könne, übereinſtimmend mit Böcking a. a. O. not. 4., welcher bemerkt, daß „die Eigenthumshandlungen ſelbſt viel umfaſſender ſind, als die Beſitzhandlungen, indem jene, nicht dieſe, auf ein Uebertragen von Rechten an der Sache, ein Veräußern, Verzehren, Vernichten derſelben und ſonſtige Weiſen des Gebrauchs gerichtet ſeyn können, deren der bloße Beſitzer als ſolcher unfähig iſt.“ Vgl. dagegen Arndts in Linde's Ztſchr. n. F. III. S. 371. und Bruns Recht des Beſitzes S. 468. fg.

[2] Die Bezeichnung „abgeleiteter Beſitz“ rührt von Savigny her, der auch zuerſt das anomale Weſen dieſer Fälle klar entwickelt hat. Vgl. Bruns S. 5...17. Viele aber wollen dieſen Begriff gar nicht gelten laſſen, indem ſie entweder den animus domini überall nicht für weſentlich halten (Anm. 1), oder „einen animus domini herauskünſteln wollen, wo er nicht iſt.“ Sav. a. a. O. Aber auch unter denen, die den Begriff überhaupt zugeben, iſt viel Streit über die Fälle, welche dahin gehören. Manche fügen noch den Beſitz der Superficies (der nach Sav. nur iuris quasi possessio iſt) und (mit Sav.) den Beſitz der Emphyteuſe hinzu, während Andre in dieſen beiden Fällen, oder doch im letzten, weil hier animus domini vorhanden ſey, juriſtiſchen nicht abgeleiteten Beſitz der Sache finden wollen, und aus gleichem Grunde auch den Fall des Precarium nicht hieher rechnen. Vgl. dagegen Rudorff, zur Geſchichte der Superficies, in

der Ztschr. für gesch. Rtsw. XI. S. 229...283, und Arndts, über den Besitz der Emphyteuse in Linde's Ztschr. n. F. III. 9. Uebrigens zeigt sich im heutigen Recht die Tendenz, überhaupt dem bloßen Inhaber einer Sache schon als solchem Besitzesschutz zu gewähren. Vgl. Arndts in der krit. Ueberschau I. S. 353. fg.

§. 136.

B. Arten des Besitzes. Sprachgebrauch der Quellen.

Die Worte: possessio, possidere bezeichnen im weitern Sinn jede Detention [a], vorzugsweise aber und im engern Sinn den juristischen Besitz [b], possessio ad interdicta, auch den abgeleiteten [c], und im Gegensatz von possessio in diesem engern Sinn wird die bloße Detention näher bezeichnet durch die Ausdrücke: tenere, naturaliter oder corporaliter tenere, naturaliter possidere oder alieno nomine possidere oder auch in possessione esse [d]. Bei dem juristischen Besitz kommt es an sich nicht darauf an [1], ob die possessio iusta oder iniusta sey [e], d. h. ob man auf rechtmäßige Weise denselben erlangt habe oder auf unrechtmäßige, vi, clam, precario (denn auch der precario erlangte Besitz wird iniusta possessio, sobald er auf ergangenen Widerruf nicht zurückgegeben wird [f]); eben so wenig, ob er possessio bonae fidei oder malae fidei, redlicher Besitz, Besitz in gutem Glauben, oder unredlicher Besitz, Besitz in bösem Glauben, sey [g], d. h. ob sich damit die Meinung, ein Recht zum Besitze zu haben, verbinde oder nicht. Aber der ex iusta causa und bona fide erworbene Eigenthumsbesitz hat die besondere Wirkung, daß er, eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzt, zum Eigenthum führt durch Ersitzung (ordentliche Ersitzung); diese possessio ad usucapionem heißt daher insbesondere civilis possessio [2], und im Gegensatze davon wird jeder andere Besitz, juristischer oder nicht-juristischer, unter naturalis possessio verstanden [h]. Uebrigens kommt der Gegensatz von possessio iusta und iniusta [i], bonae fidei und malae fidei [k], auch beim Besitz im weitern Sinne vor [3].

[a] L. 9. D. de rei vind. 6. 1. [b] L. 1. §. 23. D. de vi. 43. 16. L. 3. §. 8. D. uti possid. 43. 17. §. 5. J. de interd. 4. 15. [c] L. 1. §. 15. L. 36. 37. D. h. t. L. 13. pr. L. 16. D. de usucap. 41. 3. [d] L. 9. 10. 12. pr. L. 18. pr. L. 49. pr. D. h. t. §. 5. J. cit. [e] L. 2. D. uti possid. 43. 17. L. 3. §. 5. L. 11. D. h. t. L. 13. §. 1. D. de Publ. act. 6. 3. [f] L. 13. §. 1. cit. L. 22. §. 1. D. de noxal. act. 9. 4. [g] L. 3. §. 22. D. h. t. L. 48. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. §. 35. J. de rer. div. 2. 1. [h] L. 1. §. 9. 10. D. de vi. 43. 16. L. 2. §. 1. D. pro herede. 41. 5. L. 26. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 3. §. 15. D. ad exhibendum. 10. 4. cf. L. 24. D. h. t. L. 38. §. 7. 8. D. de V. O. 45. 1. [i] L. 7. §. 8. D. comm. div. 10. 3. [k] L. 22. Cod. de rei vind. 3. 32. (not. a.)

Anm. [1] Auf den Rechtsgrund des Beſitzerwerbes bezieht ſich die Regel: Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. L. 3. §. 19. 20. L. 19. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 3. D. pro donato. 41. 6. L. 6. §. 3. D. de precario. 43. 26. L. 5. Cod. h. t. L. 23. Cod. de locato 4. 65. Sie war nach ältrem Recht von beſondrer Wichtigkeit in Beziehung auf die usucapio pro herede, L. 2. §. 1. D. pro her. 41. 5. L. 33. §. 1. D. de usucap. 41. 3. Sav. a. a. O. S. 75...80, bezog ſich aber nicht bloß darauf. Puchta im Rtslex. II. S. 55. fg. Vgl. noch Thon im Rh. Muſ. IV. S. 99...113. und Schirmer in Linde's Ztſchr. n. F. XI. S. 432. fg.

[2] Dieſe Bedeutung von civilis possessio vertheidigt ausführlich Sav. §. 7. und nach ihm Thon im Rh. Muſ. IV. S. 95...141. Eine andere früher gangbare Meinung, noch vertheidigt von Thibaut im civ. Arch. XVIII. 13, verſteht unter civilis possessio jeden juriſtiſchen oder Interdictenbeſitz; eine dritte Meinnng aber, vertheidigt von Burchardi, im civ. Arch. XX. 2, und mit Vermeidung verſchiedener Irrthümer deſſelben, von Bang. §. 199, auch angenommen von Bruns §. 4, verſteht darunter den (civilrechtlich nicht gemißbilligten) Beſitz mit animus domini, alſo nicht den abgeleiteten juriſtiſchen Beſitz, aber auch nicht bloß den Uſucapionsbeſitz. Vgl. aber gegen Thibaut: Sav. S. 172...178. und Bang. a. a. O., gegen Burchardi: Sav. S. LI...LXVII., und gegen Bang.: Puchta de civili possessione. Lipsiae 1839. (kl. Schr. Nr. 25.) und Inſt. II. §. 226. not. l. Im praktiſchen Reſultat macht die erſte und die dritte Anſicht (nach Bang.) keinen Unterſchied, wohl aber die zweite, wegen der ihr zum Grunde liegenden Erklärung der L. 1. §. 9. 10. D. de vi. — Deiicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat. nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. — Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit, poterit interdicto uti; non tamen, si colonus. — jedoch auch dieſe nicht, wenn man die Erklärung dieſer Stelle von Kierulff I. S. 346...350. annimmt. Uebrigens bezeichnet Theophilus Eigenthumsbeſitz mit den Worten: „τῷ νόμῳ νέμομαι“ (§. 135. Anm. 1), und die Basil. (§. 135. not. c.) ſagen: Νομὴ ἐστι φυσικῶς ἡ τοῦ πράγματος κατοχή, κατὰ δὲ τοὺς νόμους νομὴ ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή. Aber die letzte Stelle enthält eine unrichtige Ueberſetzung der L. 10. Cod. h. t. (possessionis duplicem esse causam, aliam, quae iure consistit, aliam, quae corpore, utramque autem ita demum esse legitimam etc.). Anderwärts ſetzen die Baſiliken πολιτικῶς und φυσικῶς νέμεσθαι entgegen, und dieß erklärt ein Schol. ad c. 7. Basil. 60. 17., eben mit Beziehung auf L. 1. §. 9. cit., vielmehr der erſten Meinung entſprechend: πολιτικῶς ὡς ἐξ ἀγοράσεως ἢ δορεᾶς, φυσικῶς δὲ, ὡς ὁ κακῇ πίστει νομεύς· ὁ γὰρ πολιτικὸς νόμος τὸν τοιοῦτον οὐκ ἐπιγινώσκει νομέα (oder nach Fabrot: τὴν τοιαύτην οὐκ ἐπιγινώσκει νομήν). Freilich hat der Text bei Fabrot und Heimb. καλῇ πίστει; dieß iſt aber mit dem Nachſatz nicht zu vereinigen. Julian dagegen unterſcheidet: τῶν νομῶν αἱ μὲν εἰσὶ ἔννομοι καὶ πολιτικαὶ, ὥσπερ ἡ ἐπὶ οὐσουκαπίονι· αἱ δὲ μόνον ἔννομοι, ὡς ἐπὶ τῶν ἐνεχυράκτων· αἱ δὲ φυσικαὶ, ὡς ἐπὶ τοῦ κομμοδάτου καὶ πιγνερατικίας.

[3] Ueber ſog. ficta possessio vgl. L. 25. §. 2. 8. D. de hered. pet. 5. 3. L. 25. 27. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. — Nebenbedeutungen von possessio.

possessor: a) possessor, der Beklagte bei in rem actiones, entgegengesetzt dem petitor (possessoris vel petitoris partes sustinere). L. 62. D. de iud. 5. 1. L. 16. §. 4. 7 L. 35. D. de her. pet. 5. 3. L. 8. §. 3. D. si serv. vind. 8. 5. b) possessio soviel als Besitzung, Grundeigenthum. L. 78. D. de V. S. L. 15. D. qui satisd. cog. 2. 8. (§. 93. Anm. 2.) Sav. a. a. O. S. 106...110.

§. 137.

C. Subjecte des Besitzes.

Nach dem natürlichen Begriff des Besitzes könnte jeder natürlich Willensfähige, und nur dieser, Besitzer seyn. Da aber dem Besitz als thatsächlicher Ausübung des Eigenthums eine wichtige rechtliche Bedeutung beigelegt worden, so war es einerseits folgerichtig, dem natürlich Willensfähigen, der unfähig ist, Eigenthum zu haben, auch die Fähigkeit, zu besitzen, abzusprechen; aus diesem Grunde ist nach römischem Recht der Unfreie [a], also auch der Kriegsgefangene [b] und derjenige, welcher zur Strafe eine maxima capitis deminutio erlitten hat [c], unfähig zu besitzen; andrerseits mußte man dem natürlich Willensunfähigen, der Eigenthum zu haben fähig ist, auch die Fähigkeit, Besitzer zu seyn, beilegen, damit auch Kinder, Wahnsinnige und juristische Personen der Vortheile des Besitzes theilhaftig werden könnten [d].

Anm. Gleich dem Sklaven konnten nach ältrem R. R. auch filiifamilias nicht besitzen, L. 46. §. 1. D. h. t. Gai. II. 89., es sey denn ein in castris adquisitum. L. 4. §. 1. D. de usucap. 41. 3. Nach Justinianischem Recht sind sie überhaupt fähig, Eigenthum zu haben, daher auch zu besitzen; §. 1. J. per quas pers. 2. 9., und nur was zum (sog. profectitium) peculium gehört, besitzen nicht sie, sondern durch sie der Vater. L. 93. D. de R. J. L. 1. §. 5. D. h. t. Nach heutigem (gemeinem) Recht sind also die Beschränkungen in erster Beziehung überhaupt weggefallen (§. 28).

§. 138.

D. Gegenstand des Besitzes.

Gegenstand des Eigenthumsbesitzes, wie des Eigenthums, ist nur eine körperliche Sache [a], und zwar folgerichtig nur eine solche, welche im Vermögen seyn kann [b]. Wie aber das Eigenthum auf einen intellectuellen Theil der Sache sich beschränken kann (§. 133),

[a] L. 49. §. 1. L. 24. 30. §. 3. D. h. t. L. 31. §. 2. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 1. §. 6. D. h. t. L. 118. D. de R. J. [b] L. 23. §. 1. D. h. t. L. 15. pr. D. de usucap. 41. 3. L. 19. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [c] L. 8. §. 4. L. 17. pr. D. de poenis. 48. 19. (§. 28.). [d] L. 1. §. 20. 22. L. 2. D. h. t. (§. 141.).

[a] L. 3. pr. D. h. t. [b] L. 30. §. 1. 3. D. h. t. cf. L. 1. §. 6. D. ibid.

ſo auch der Beſitz [c], während [d] dieſelbe ganze Sache nicht zu gleicher Zeit im Beſitze mehrerer Perſonen ſich befinden kann [1]. Bei Grundſtücken kann auch ein reeller Theil (pars pro diviso, locus certus) Gegenſtand des Beſitzes ſeyn [e], nicht bei beweglichen Sachen [f]. Jedoch kann eine bewegliche Sache, die, obwohl als Theil einer zuſammengeſetzten Sache verwendet, gleichwohl noch Gegenſtand beſondern Eigenthums ſeyn kann, für den Beſitzer des zuſammengeſetzten Ganzen ungeachtet dieſer Verbindung auch beſondrer Gegenſtand des Beſitzes bleiben [2], während derjenige, welcher den Beſitz eines zuſammengeſetzten Ganzen erworben, nicht auch die Beſtandtheile derſelben als beſondere Sachen beſitzt, weil der Beſitzeswille nicht darauf gerichtet erſcheint [g]. Eine Sachgeſammtheit dagegen (universitas rerum) iſt nicht als Ganzes Gegenſtand des Beſitzes; nur die einzelnen Sachen ſind es, aus welchen ſie beſteht [h].

Anm. [1] L. 3. §. 5. D. h. t. (Paul.). Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut, quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans, posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse; quem Labeo reprehendit quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat; quod est verius; non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. L. 3. pr. D. 43. 17. (Ulp.). Si duo possideant, in solidum, videamus quid sit dicendum? quod qualiter procedat, videamus. Si quis proponeret possesionem iustam et iniustam; ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego. Cf. L. 5. §. 15. cit. (Ulp.). Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse (§. 53. Anm. 5.). Vgl. darüber Sav. §. 11. Puchta Inſt. II. §. 229. A. M. Kierulff I. 364. fg. — Concurrenz des Uſucapionsbeſitzes des Verpfänders mit dem juriſtiſchen Beſitz des Pfandgläubigers: L. 16. D. de usucap. 41. 3.

[2] L. 30. §. 1. D. 41. 3. Labeo ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia

[c] L. 26. D. h. t. [d] L. 3. §. 5. D. h. t. L. 3. pr. D. uti possid. 43. 17. L. 5. §. 15. D. commod. 13. 6. cf. L. 15. §. 4. D. de precario. 43. 26. [e] L. 26. D. cit. [f] L. 8. D. de rei vind. 6. 1. [g] L. 23. 30. §. 1. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 30. pr. D. h. t. L. 7. §. 1. 2. D. ad exhib. 10. 4. [h] L. 30. §. 2. D. de usucap. 41. 3.

permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et annulum et gemmam possideri et usucapi, quum utrumque maneat integrum. Dagegen L. 23. pr. eod. Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quid, quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas aedes non possidebit, separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit. Accedit (Flor. *accidit*) eo, quod si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat, in possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis (interpolirt ſtatt *anno?*) locum esse, solum se capturum esse ampliori *(tempore?* vielleicht interpolirt ſtatt *biennio?)*. Quod absurdum et minime iuri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur: utputa, cum aedes ex duabus rebus constent, ex solo et superficie, et universitas earum possessione temporis immobilium rerum dominium (Flor. *omnium*, vielleicht *dominum*) mutet. L. 30. pr. D. h. t. Qui universas aedes possedit (Flor. *possideat)*, singulas res, quae in aedificio sunt, non videtur possedisse. Idem dici debet et de nave et de armario. Ueber die ſehr ſtreitige Erklärung dieſer Stellen vergl. Sav. §. 22. und S. LXVII...LXXII. Puchta §. 128. Windſcheid, in Sell's Jahrb. I. 12. Madai, im civ. Arch. XXV. 3. Binding, daſ. XXVII. 9. 15. Pape, in Linde's Ztſchr. n. F. IV. 6. Stephan im civ. Arch. XXXI. 10. S. 373. fg. Bang. §. 204. Anm. 2 Böcking Inſt. §. 124. not. 16. Pand. I. §. 137.

D. Erwerb des Beſitzes.

§. 139.

1) Durch eigene Handlung.

Der Beſitz iſt erworben, wenn ſich das äußere Verhältniß der Herrſchaft über die Sache mit dem Willen zu beſitzen in der Perſon des Erwerbenden vereinigt: apiscimur possessionem corpore et animo [a]. Die Handlung, wodurch dieſer ſich in jenes Verhältniß zur Sache ſetzt, heißt Beſitzergreifung, Apprehenſion. Sie erfordert nicht nothwendig körperliche Berührung der Sache [b]; ſie iſt vollendet, wenn der Erwerber nur die gegenwärtige Möglichkeit vollſtändiger Einwirkung auf die Sache erlangt hat [l], ſey es mit dem Willen des bisherigen Beſitzers, d. i. durch Tradition [c], insbeſondere ſog. longa manu traditio [d], ſey es durch die bloße Thätigkeit des Erwerbers (Occupation), ohne Willen des bisherigen Beſitzers [e] oder rückſichtlich einer bisher beſitzloſen Sache [f]. Wer bisher ſchon

[a] L. 3. §. 1. D. h. t. (§. 135.). [b] L. 1. §. 21. D. h. t. [c] L. 1. §. 21. L. 18. §. 2. L. 51. D. h. t. L. 9. §. 6. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. L. 9. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 74. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 1. §. 2. L. 14. §. 1. D. de per. et comm. 18. 6. L. 1. Cod. de donat. 8. 54. [d] L. 79. D. de solut. 46. 3. [e] L. 15. D. h. t. L. 1. D. de vi. 43. 16. [f] L. 5. §. 1. L. 55. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. cf. L. 3. §. 14. D. h. t. — L. 3. §. 3. L. 44. pr. ibid. L. 15. D. ad. exhib. 10. 4.

Inhaber der Sache war, kann mit dem Willen des bisherigen juristischen Besitzers durch bloße Annahme des animus domini Eigenthumsbesitz erwerben, sog. brevi manu traditio [g], ohne Willen des bisherigen Besitzers aber nur durch eine Handlung, welche den nun angenommenen animus domini erkennbar macht [h]. Der Wille zu besitzen muß übrigens auf eine bestimmte Sache [i], beziehungsweise auf einen bestimmten, reellen oder intellectuellen Theil [k] einer Sache gerichtet seyn[2].

Anm. [1] Ueber das Wesen der Apprehension und gegen die früher herrschenden Vorstellungen von fingirter oder symbolischer Besitzergreifung vgl. Sav. a. a. O. §. 14...18. Ueber das Wort possidēre, im Gegensatz von possidēre vgl. Böcking Inst. §. 124. not. 25. §. 123. not. 8.

[2] L. 32. §. 2. D. 41. 3. Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo ait. L. 3. §. 2. D. h. t. Incertam partem rei possidere nemo potest, veluti si hac mente sis, ut, quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere. Vgl. Sav. S. 300. not. 1. Böcking Inst. §. 124. not. 11*. „Fast allgemein wird diese Stelle gegen die Gesetze der Grammatik von einer Subtilität Labeo's verstanden... Labeo schreibt ohne alle Subtilität, „mera suptilitate possidere" könne niemand, d. h.... nicht in abstracter Vorstellung"; und dessen Pand. I. §. 130. „mera subtilitate possidere heißt ἀορίστως, in der abstracten (von dem Gegenstande, der Begränztheit des Objects des Besitzes, kein Bewußtsein habenden) Vorstellung besitzen."

2) Durch Stellvertreter.

§. 140.

a) Mit dem Willen des Erwerbers.

Die äußere Herrschaft über eine Sache kann für den eigentlichen Besitzer durch einen Andern ausgeübt werden; daher [a] kann auch durch Handlung eines Andern der Besitz erworben werden[1]. Erforderlich ist dazu von Seiten des eigentlichen Erwerbers[2], daß er den Willen zu besitzen habe, welchen er im Voraus durch Befehl oder Auftrag kund gegeben haben mag [b], von Seiten des Stellvertreters[3], daß er die Besitzergreifung gleichwie derjenige, welcher

[g] L. 9. §. 5. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. L. 62. pr. D. de evict. 21. 2. L. 9 §. 9. De de reb. cred. 12. 1. L. 9. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. cf. L. 38. §. 1. D. h. t. [h] L. 3. §. 18. D. h. t. (§. 143.). [i] L. 76. D. de R. J. cf. L. 34. pr. D. h. t. [k] L. 3. §. 2. L. 26. D. h. t. cf. L. 32. §. 2. D. de usucap. 41. 3.

[a] L. 1. §. 5...20. L. 3. §. 12. D. h. t. L. 20. 53. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 31. §. 2. D. de usucap. 41. 3. L. 1. 8. Cod. h. t. Pauli sentt. V. 2. §. 1. [b] L. 42. §. 1. D. h. t. Paul. l. c. §. 2. L. 13. pr. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. cf. L. 53. eod. (Anm. 1.)

für sich selbst erwerben will (§. 139), aber mit dem Willen vornehme, den Besitz für jenen zu erwerben [c]; nicht erforderlich ist, daß der erste von der nach seinem Willen geschehenen Besitzergreifung auch Kunde erhalten habe [d]. Durch Tradition jedoch wird nach der Absicht des Tradenten, welcher die Sache dem Stellvertreter für einen bestimmten Andern übergibt, diesem letzten der Besitz erworben, wenn gleich der Stellvertreter bei sich den Willen hegt, denselben für sich oder einen Dritten zu erwerben [4]. Nur ein Fall des Besitzerwerbs durch Stellvertreter ist das sog. constitutum possessorium, welches darin besteht, daß der bisherige juristische Besitzer erklärt, fortan die Sache im Namen eines Andern, der den Besitz erwerben will, besitzen zu wollen [e].

Anm. [1] Paul. V. 2. §. 1. Possessionem adquirimus animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. In dieser Beziehung und so auch bezüglich des Eigenthums, sofern dessen Erwerb mit dem Besitzerwerb sich verbindet, ist Erwerb selbst durch freie Stellvertreter (§. 76.) zuerst vollkommen anerkannt worden: L. 53. D. 41. 1. Quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere *(volentem nobis possidere?)* acquirimus. L. 20. §. 2. eod. „placet, per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse, et per hanc dominium." §. 5. J. 2. 9. Et hoc est quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse, excepto eo, quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet non solum scientibus, sed et ignorantibus nobis acquiri possessionem secundum D. Severi constitutionem, et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit, qui tradidit.

[2] L. 42. §. 1. D. h. t. Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem (cf. L. 1. Cod. h. t. *„per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem,"* not. d.); quod si sua sponte emerit, nonnisi ratam habuerit dominus emtionem. Streitfrage: ob dazu ein spezieller Auftrag mit Rücksicht auf bestimmte Sachen vorausgesetzt werde? oder ob auch durch einen procurator omnium bonorum in gleicher Weise Besitz sofort erworben werde, wenn dieser irgend welche Sachen kraft seiner allgemeinen Vollmacht für den Vollmachtgeber erwirbt? das letzte wird gegen die jetzt herrschende Theorie, aber übereinstimmend mit ältern Rechtsgelehrten, z. B. Donell. comm. V. 8. §. 10., gut vertheidigt von Bremer in Linde's Ztschr. n. F. XI. 7. Vgl. auch Seuffert's Arch. V. 106. Dagegen jedoch scheint zu sprechen L. 24. D. de neg. gest 3. 5. vgl. Chambon, Negotiorum Gestio S. 171.

[3] L. 1. §. 19. 20. D. h. t. Haec, quae de servis diximus, ita se habent, si et ipsi velint nobis adquirere possessionem; nam si iubeas

[c] L. 1. §. 19. 20. cf. §. 9...11. D. h. t. [d] L. 13. pr. cit. L. 47. D. de usucap. 41. 3. L. 1. Cod. h. t. §. 5. J. per quas person. 2. 9. cf. L. 34. §. 1. D. h. t. [e] L. 18. pr. D. h. t. L. 77. D. de rei vind. 6. 1. L. 28. 35. §. 5. Cod. de donat. 8. 54.

servum tuum possidere et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi sed potius Titio adquirere, non est tibi adquisita possessio. §. 20. Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur. Quum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent nobis, non possumus acquirere (Flor. *accomodarent, nobis non possunt acquirere.* Hal. *nobis accomodarent, non possunt acquirere).* Ueber die Erkenntniß dieſer Willensmeinung des Stellvertreters vgl. Bremer a. a. O. S. 236 fg.

[a] L. 13. D. de donat. 39. 5. (Ulp.) „et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi acquirat, ille quasi sibi acquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit.“ Scheinbar widerſprechend L. 37. §. 6. D. de acquir. dom. 41. 1. (Julian.) „et si procuratori meo rem tradideris, ut meum faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur.“ Man ergänzt: „sc in sua persona.“ Sav. S. 353. not. 1. Dagegen Bremer a. a. O. S. 249. fg. verſteht, mit Donell. comm. V. 10. §. 6., L. 37. §. 6. cit. von dem Fall äußerlich erkennbarer Verſchiedenheit des Willens, L. 13. cit. von dem Fall einer bloßen Mentalreſervation des Empfängers. Nicht widerſprechend ſind L. 43. §. 1. D. de furt. 47. 2. L. 59. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 2. Cod. de his qui a non dom. 7. 10. vgl. Sav. a. a. O. und unten §. 145. Anm. 3.

§. 141.

b) Ohne Willen des Erwerbers.

Von der Regel, welche zum Beſitzerwerb durch Stellvertreter den Beſitzeswillen des Erwerbers erfordert, ſind folgende Ausnahmen zugelaſſen: 1) Kinder in väterlicher Gewalt (und nach römiſchem Recht Sclaven) erwerben für das Peculium (ex peculiari causa) Beſitz ohne Wiſſen und Willen des Vaters (oder Herrn) [a]. Dieſe Ausnahme wird zwar erklärt durch Bezugnahme auf die in der Einräumung des Peculium enthaltene allgemeine Ermächtigung [b], aber es wird zugleich anerkannt, daß auf ſolche Weiſe auch diejenigen Beſitz erwerben können, welche das Peculium nicht eingeräumt haben oder als Willensunfähige nicht einmal einräumen könnten [c]. 2) Für Bevormundete wird durch ihre Vormünder [d], für juriſtiſche Perſonen durch ihre geſetzlichen Vertreter [e] Beſitz erworben, wenn gleich jene ſelbſt des Willens zu beſitzen natürlich unfähig ſind [f]. Durch dieſe Ausnahme iſt für ſolche Perſonen das wichtige Recht des Beſitzes überhaupt möglich gemacht (§. 137).

[a] L. 1. §. 5. L. 3. §. 12. L. 5. 24. D. h. t. L. 31. §. 3. D. de usucap. 41. 3. [b] L. 1. §. 5. cit. cf. L. 44. §. 1. D. ibid. [c] L. 1. §. 5. in f. L. 32. §. 2. in f. D. h. t. [d] L. 1. §. 20. D. h. t. L. 13. §. 1. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. [e] L. 1. §. ult. L. 2. D. h. t. [f] L. 1. §. 3. 5. in f. 9...11. D. h. t. L. 26. Cod. de donat. 8. 54.

Anm. Ueber die Frage, ob ein Unmündiger, zumal ein Infans, auch ohne Mitwirkung des Tutors Beſitz erwerben könne? vgl. a) L. 1. §. 3. D. h. t. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt; eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sunt, ut intellectum capiant. b) L. 32. §. 2. D. h. t. Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit; nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris; utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alicquin nullus consensus est infantis accipienti possessionem (Andre Lesart, auch in der Flor., *sensus sit (est) infantis* (oder *infanti) accipiendi poss.)*. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest; item infans peculiari nomine per servum possidere potest. (Die Inſcription dieſer Stelle lautet: *Paulus lib.* 15. *ad Sabinum*, was mit der Reihenfolge der Pandectenfragmente übereinſtimmt (§. 8. Anm.); nach Angabe des Alciatus hatten aber andere Hdſchr. *Papinianus lib.* 11. *Respons.* Eine Hdſchr. hat *Pomp.)* c) L. 3. Cod. h. t. (Imp. Decius A. Rufino) Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset affectus (al. *effectus)*, possessionem per traditionem esse quaesitam; alioquin, sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur, nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri. — Sav. a. a. O. §. 21. und im Syſt. III. S. 49...54. Puchta über den Beſitzerwerb eines Kindes im Rh. Muſ. V. 3. (kl. civ. Schriften Nr. 19.) Denzinger im civ. Archiv. XXXI 7. 13. Vang. §. 204. Anm. 1.

F. Verluſt des Beſitzes.

§. 142.

1) Im Allgemeinen.

Nach natürlicher Anſchauung möchte man annehmen, der erworbene Beſitz müſſe aufhören, ſobald entweder das körperliche Verhältniß unmittelbarer Gewalt über die Sache oder die bewußte Richtung des Willens auf dieſelbe eine Unterbrechung erleidet. Darnach würde aber der Beſitz ein Verhältniß von ſolcher Unſicherheit und Wandelbarkeit ſeyn, daß es kaum ſtatthaft wäre, mit der Exiſtenz und Dauer deſſelben erhebliche juriſtiſche Wirkungen zu verbinden. Das Recht nimmt daher den Beſitz als fortdauernd an, ſo lange nicht das Entgegengeſetzte des einen oder andern der Momente (corpus oder animus), deren Vereinigung den Beſitz ausmacht, eingetreten iſt [a]. Daher iſt der Beſitz erſt verloren, wenn entweder dem Beſitzer die Möglichkeit entzogen iſt, ſich nach

[a] L. 8. D. h. t. L. 153. D. de R. J. cf. L. 3. §. 6. L. 44. §. 2. D. h. t.

Belieben wieder in jenes unmittelbare Verhältniß zur Sache zu verſetzen [b], oder derſelbe, ſeine Handlungsfähigkeit vorausgeſetzt [c], des Willens geworden iſt, ferner nicht zu beſitzen [d], ſey es, daß er den Beſitz ſchlechthin aufgeben oder denſelben nur auf eine beſtimmte andere Perſon übertragen will, in welchem letzten Fall das Aufgeben von ſeiner Seite durch das Erwerben des Beſitzes von der andern Seite bedingt erſcheint [2]. Für den Beſitz von Grundſtücken iſt noch die beſondere Regel angenommen [e], daß derſelbe durch eines Andern Occupation, wenn gleich wider Willen, doch nicht ohne Wiſſen des Beſitzers oder ſeines Stellvertreters verloren werde [3].

Anm. [1] L. 153. D. de R. J. Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, quum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. Die letzte Hälfte dieſer Stelle, nur mit Quemadmodum beginnend, findet ſich eben ſo in L. 8. h. t., beide aus Paul. lib. LXV. ad Edictum. Ueber die Bedeutung des utrumque vgl. L. 10. §. 13. D. de grad. 38. 10. „per utrumque parentem, id est aut per matrem tantum aut per utrumque.“ cf. L. 16. D. de legat. II. L. 8. §. 5. Cod. de bon. que lib. 6. 61. Sav. Recht des Beſitzes §. 30.

[2] L. 34. pr. D. h. t. (Ulp.) Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego me putarem in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non acquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Quando (Flor. *quoniam*) autem in corpore non consenserimus, an a te tamen recedat possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest; et si animo acquiri possessio potest, numquid etiam acquisita est? Sed non puto errantem acquirere; ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione. Dagegen L. 18. §. 1. eod. Si furioso, quem sanae (Flor. *suae*) mentis esse existimas, ... rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis; sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere quam si transferat; imo, vult dimittere, quia existimat se transferre. Vgl. Böcking Inſt. §. 125. not. 15. „Offenbar nimmt hier Celſus eine andre Abſicht an, als Ulpian in L. 34. pr. cit., und beide Stellen widerſprechen ſich einander nicht.“ Dagegen Scheurl Beitr. I.

[b] L. 3. §. 11. 13. 17. L. 13. pr. 15, 25. pr. 44. pr. D. h. t. L. 5. pr. §. 4. 5. D. de acquir. dom. 41. 1. — L. 1. §. 45. 47. D. de vi. 43. 16. L. 4. §. 22. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 1. §. 14. L. 13. pr. in f. L. 15. in f. D. h. t. [c] L. 29. D. h. t. cf. L. 27. eod. [d] L. 3. §. 6. L. 17. §. 1. L. 30. §. 4. cf. L. 12. §. 1. D. h. t. Dig. pro derelicto. 41. 7. L. 33. §. 2. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 9. D. quod. met. 4. 2. [e] L. 3. §. 7. 8. L. 6. 7. L. 25. §. 2. L. 27. 46. D. h. t. L. 1. §. 24. D. de vi. 43. 16.

S. 204. „Der Widerſpruch iſt handgreiflich, aber...ohne Bedenken die hiſtoriſche Vereinigung anzuwenden."

[a] Inſofern auch hier „animo amittitur possessio fundi;" bis dahin „animo," (oder solo animo) retinetur." Sav. a. a. O. §. 31. S. 407. fg.

§. 143.

2) Im Falle der Stellvertretung.

Wird der Beſitz durch einen Stellvertreter ausgeübt, ſo behält ihn der Beſitzer unzweifelhaft ſo lange, als er nicht ſelbſt den Willen zu beſitzen aufgibt und jener in deſſen Namen die Sache innehat [a]. Er verliert ihn aber auch nicht dadurch allein, daß der Stellvertreter ſtirbt oder willensunfähig wird [b], oder die Detention aufgibt [c], oder den Willen faßt, fortan für ſich ſelbſt oder für einen Dritten zu beſitzen, ſo lange ſich dieſer Wille nicht durch eine Handlung kund gibt, welche an ſich dem bisherigen Beſitzer den Beſitz zu entziehen geeignet wäre [d]. Verloren aber iſt ihm der Beſitz, wenn dem Stellvertreter gegen ſeinen Willen die Detention der Sache entzogen iſt [e].

Anm. L. 12. Cod. h. t. (Justinian.). Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes definimus: ut, sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscunque rei dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicii generetur, ne ex alfena malignitate alienum damnum emergat, etc. Vgl. L. 40. §. 1. D. h. t. Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur (Hal. *continuaretur*); quo mortuo non statim dicendum, eum interpellari, sed tunc demum, quum dominus possessionem adipisci neglexerit. Idem (al. *Aliud*) existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit; sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit. (Der Pluralis: *haec ... vera* ſpricht für die Lesart *Idem*, die auch Uebereinſtimmung mit L. 12. cit. ergibt.) L. 3. §. 8. eod ... Quodsi servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem *(sc. fundi)*. §. 9. Et si alii tradiderim (al. *Sed si alii tradiderit* oder nach Hal. *tradiderint)*, amitto possessionem. Nam constat possidere nos *(sc. fundum)*, donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi deiecti fuerimus (Hal. *discesserint .... fuerint)*. — Streitfrage: ob Juſtinian's

[a] L. 9. D. h. t. L. 1. §. 45. D. de vi. 43. 16. cf. L. 20. D. h. t. [b] L. 25. §. 1. L. 40. §. 1. D. h. t. [c] L. 3. §. 8. 9. D. h. t. L. 31. D. de dolo. 4. 3. L. 12. Cod. h. t. cf. L. 31. L. 40. §. 1. D. h. t. L. 44. §. 2. D. ibid. L. 33. §. 4. D. de usucap. 41. 3. [d] L. 3. §. 18. D. h. t. L. 67. pr. D. de furtis. 47. 2. cf. L. 47. D. h. t. — L. 32. §. 1. D. ibid. [e] L. 1. §. 22. D. de vi. 43. 16.

Decision sich nur auf den Fall beziehe, wenn der Stellvertreter den Besitz bloß verläßt? Bang. §. 209., oder auch auf den Fall, wenn er denselben einem Dritten übergibt? Sav. §. 33. Sie ist unerheblich in Beziehung auf bewegliche Sachen, weil hier der Besitz doch verloren ist durch contrectatio rei (auf solche bezieht sich L. 33. §. 4. cit.), erheblich aber für unbewegliche Sachen, weil an diesen nach der letzten Ansicht der Besitz erst verloren seyn würde, wenn der Besitzer von der fremden Besitzergreifung Kunde erhalten hat und sich dabei beruhigt oder zurückgewiesen wird. Vgl. Kierulff I. S. 398. Mit dieser Ansicht sind auch L. 40. §. 1. in. f. und L. 44. §. 2. D. h. t. noch vereinbar. — Ueber den Verlust des Besitzes beweglicher Sachen an die Stellvertreter, namentlich die Erforderniſſe der contrectatio rei durch denselben (not. d.), vgl. noch insbesondere Schirmer in Linde's Ztschr. n. F. XI. 12.

III. Eigenthumserwerb [a].

§. 144.

Das Eigenthum einer Sache erwirbt man unter verschiedenartigen thatsächlichen Voraussetzungen entweder als Rechtsnachfolger des bisherigen Eigenthümers, oder unabhängig von dem bisherigen Recht eines Andern (§. 56.). Daraus ergibt sich die wichtigste Eintheilung der Erwerbarten des Eigenthums, in abgeleitete oder derivative, und ursprüngliche oder originäre. Unter den letzten gibt es einige, die Eigenthum des Erwerbers an einer andern Sache zur Voraussetzung haben, andere sind auch davon unabhängig. Nach diesen Unterschieden sind die Erwerbarten in den folgenden §§. geordnet. Die römische Eintheilung der Eigenthumserwerbarten in natürliche und civilrechtliche (naturales oder iuris gentium und civiles acquisitiones) ist für das System des geltenden Rechts von keiner Bedeutung.

A. Abgeleiteter Erwerb des Eigenthums.

§. 145.

1) Durch Uebergabe. Tradition.

Um das Eigenthum einer Sache durch eine Handlung unter Lebenden auf einen Andern zu übertragen, genügt nach römischem Recht regelmäßig nicht die bloße Willenserklärung des Gebers und Erwerbers; es muß die Ueberlassung des Besitzes der Sache, Tradition, hinzukommen [a]. Durch diese, nicht durch den Vertrag allein, wird das Eigenthum erworben [b]. Die Erforderniſſe dieser Erwerbart sind folgende: 1) der Geber muß, als Eigenthümer [b] oder anstatt

[a] §. 11 ... 48. J. de rerum divisione. 2. 1. Dig. de acquirendo rerum dominio. 41. 1.

[a] L. 20. Cod. de pactis. 2. 3. L. 50. pr. D. de rei vind. 6. 1. L. 15. Cod. eod. 3. 32. [b] L. 20. pr. §. 1. D. h. t. 41. 1. pr. §. 2. J. quib. alienare lic. 2. 8. (§. 132.).

deſſelben [c], das Eigenthum zu übertragen befugt, der Empfänger daſſelbe zu erwerben fähig ſeyn. 2) Der Erwerber muß, in eigener Perſon oder durch einen Stellvertreter, den juriſtiſchen Beſitz der Sache erlangen, und zwar mit dem Willen des bisherigen Eigenthümers oder desjenigen, der in deſſen Namen handelt [d]. Hatte jener bisher ſchon den juriſtiſchen Beſitz der Sache, ſo bedarf es freilich nur noch der Einräumung des Eigenthums, ſog. brevi manu traditio [e]. Iſt aber ein Dritter im Beſitz, ſo kann der Eigenthümer wohl die Ermächtigung geben, ſich den Beſitz zu verſchaffen, insbeſondere auch ſeine Eigenthumsklage zu dieſem Zwecke abtreten, das Eigenthum aber wird hier erſt durch die wirklich nachfolgende Erlangung des Beſitzes erworben [f]. 3) Die Ueberlaſſung des Beſitzes muß in der gegenſeitig erklärten Willensmeinung geſchehen, das Eigenthum der Sache zu übertragen, beziehungsweiſe (für ſich oder für einen Andern) zu erwerben [g]. In dieſer Beziehung aber iſt zu beachten: a) Der Wille muß beiderſeits auf die wirklich übergebene Sache [2] gerichtet ſeyn [h]. b) Das Eigenthum wird keinem Andern erworben, als welchem der Trabent daſſelbe veräußern wollte, wenn deſſen Wille auf eine beſtimmte Perſon als Erwerber gerichtet iſt [i]; dieſes aber braucht nicht nothwendig [k] der Fall zu ſeyn [3]. c) Dem Willen der Eigenthumsübertragung liegt immer irgend eine rechtliche Abſicht zum Grunde, in welcher dieſe vorgenommen wird, ſey es, um zu ſchenken, oder eine Verbindlichkeit zu erfüllen, oder eine Verbindlichkeit zu begründen, causa traditionis [l]. Das Eigenthum wird nicht übertragen, wenn die Veräußerung der Sache aus dieſem Grunde rechtlich unſtatthaft iſt; es iſt iusta causa traditionis erforderlich [m]. Es iſt aber weder erforderlich, daß ein Rechtsgrund der Eigenthumsübertragung ſchon vor der Uebergabe gegeben ſey [n], noch, daß überhaupt ein ſolcher

[c] §. 42. 43. J. h. t. L. 9. §. 4. D. h. t. L. 46. eod. §. 1. J. quib. al. lic. 2. 8. (§. 127.). [d] L. 5. 33. D. de poss. 41. 2. (§. 139...141.). [e] §. 44. J. h. t. L. 9. §. 5. L. 21. §. 1. D. h. t. L. 46. D. de rei vind. 6. 1. [f] L. 21. 47. D. de rei vind. 6. 1. L. 13. Cod. de distr. pign. 8. 28. [g] §. 40. J. h. t. L. 9. §. 3. D. h. t. L. 55. D. de O. et A. 44. 7. [h] L. 2. §. 6. D. pro emtore. 41. 4. L. 34. pr. §. 1. D. de poss. 41. 2. cf. L. 36. D. h. t. [i] L. 13. D. de donat. 39. 5. (§. 140.). L. 43. §. 1. D. de furtis 47. 2. cf. L. 13. pr. L. 20. §. 2. L. 59. D. h. t. L. ult. Cod. si quis alteri. 4. 50. L. 2. Cod. de his qui a non dom. 7. 10. [k] §. 46. J. h. t. L. 9. §. 7. D. h. t. cf. L. 5. §. 1. D. pro derelicto. 41. 7. [l] L. 65. §. 4. D. ad Sc. Treb. 36. 1. (§. 80. Anm. 2.). [m] L. 5. §. 18. L. 36. pr. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 1. §. 2. D. pro donato. 41. 6. Ulp. XIX. 7. [n] L. 9. §. 4. D. h. t. L. 10. D. de donat. 39. 5. L. 7. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 2. pr. §. 2...4. D. de reb. cred. 12. 1. Dig. de cond. causa data. 12. 4. cf. L. 31. D. h. t.

wirklich bestehe [o], noch auch, daß die Absicht, in welcher sie geschieht, rechtlich gebilligt sey [p], und der Uebergang des Eigenthums wird auch dadurch nicht gehindert, daß Geber und Empfänger rücksichtlich des Grundes der Eigenthumsübertragung verschiedener Meinung sind [q], wenn nur der Wille, Eigenthum zu übertragen, beziehungsweise zu erwerben, zusammentrifft [4]. d) Der Wille, das Eigenthum zu übertragen, kann ein bedingter seyn [r]; alsdann geht das Eigenthum, ungeachtet der geschehenen Uebergabe, erst durch Erfüllung der Bedingung auf den Empfänger über [5]. Bei der Uebergabe auf Grund des Verkaufes wird nach rechtlicher Vorschrift die Befriedigung des Verkäufers stillschweigend als Bedingung der Eigenthumsübertragung angenommen, wenn dieser nicht dem Käufer Zahlungsaufschub gestattet [s].

Anm. [4] L. 20. Cod. 2. 3. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Eine Ausnahme von dieser Regel (einen sog. transitus legalis) zu Gunsten der Kirchen hat man mit Unrecht zu finden geglaubt in L. 23. §. 1. Cod. de ss. eccles. 1. 2., was neuerdings noch vertheidigt wurde von Thibaut im civ. Arch. XX. 1. Vgl. dagegen Bang. §. 311. Anm. 4. Mag aber auch mit Recht die bei dieser Gelegenheit von Thibaut geäußerte Ansicht, jene Regel sey „das Kahlste auf der Welt" und eine bloße „Albernheit", mißbilligt werden, so ist es andrerseits nicht minder falsch, daraus das Princip zu machen, daß durch Verträge „nur Obligationsverhältnisse", also überhaupt keine dingliche Rechte entstehen können. — Besser begründet scheint eine andere Ausnahme, rücksichtlich der Entstehung des Miteigenthums bei der societas omnium bonorum, nach L. 1. §. 1. L. 2. D. pro socio. 17. 2. In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur (Paul.); quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire (Gai.). cf. L. 4. Cod. comm. de iud. 3. 38. Doch hat man auch diese durch Annahme eines Constitutum possessorium (§. 140) zu erklären versucht. Savigny, Rt des Besitzes, S. 374.; dagegen jedoch Puchta kl. Schriften S. 439. Inst. §. 241. not. c. Böcking Inst. §. 124. not. 46. vgl. §. 126. not. 6. „zur Veräußerung und dem Uebergange des Eigenthums Tradition nicht wesentlich."

[5] Streitig ist es, ob auch ein Irrthum über das Eigenthum den Uebergang desselben hindern könne? L. 35. D. h. t.: Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam, quasi meam vel pupilli, alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit. cf. L. 10. §. 1. D. de cur. fur. 27. 10. Auf den Fall eines error in corpore wird L. 35. cit. gedeutet von Thibaut Vers. II. 4. Nr. II. Sav. III.

[o] L. 6. Cod. si quis alt. 4. 50. Dig. de cond. indeb. 12. 6. [p] L. 5. §. 1. D. de cond. sine causa. 12. 7. L. 1. §. 2. L. 2. D. de cond. ob turpem caus. 12. 5. [q] L. 36. D. h. t. cf. L. 55. D. de O. et A. 44. 7. L. 18. pr. D. de reb. cred. 12. 1. [r] L. 38. §. 1. in f. D. de poss. 41. 2. L. 2. §. 5. D. de donat. 39. 5. [s] §. 41. J. h. t. L. 19. 53. D. de contrah. emt. 18. 1.

S. 355. not. b., aber nicht entsprechend ihrer Fassung. Bang. §. 311. Anm. 3. Puchta §. 148. not. i. Auch nöthigt nicht dazu, vielmehr steht richtig erklärt entgegen L. 49. D. mand. 17. 1. Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo; mandatu meo eum Titius vendidit, quum ignoraret suum esse; vel contra, ego vendidi illius mandatu, quum forte is, cui heres extiterit, eum emisset: de iure evictionis et de mandato quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati eum non teneri, sed contraria mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur, et adversus venditorem (Flor. *venditionem*) testatoris sui habet ex emto iure hereditario actionem. Vgl. noch L. 15. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. Si rem meam mihi ignoranti vendideris et iussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium meum (Vulg. *in eum*) transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire; et ideo etiamsi donaturus mihi rem meam iussu meo alii tradas, idem dicendum erit. Scheurl Beitr. I. S. 192. fg.

[3] L. 9. §. 7. D. h. t. Hoc amplius interdum et in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem, ut ecce, qui missilia iactat in vulgus, etc. cf. L. 5. §. 1. D. pro derel. 41. 7. Demnach kann auch der Stellvertreter, der in dieser Absicht die Sache empfängt, dem Mandanten sofort Eigenthum erwerben, wenn gleich der Trabent von dem Auftrag nichts weiß, womit die Stellen in not. i. nur scheinbar im Widerspruch stehen. Puchta de dominio rerum per procuratorem adquirendo disputatio. Lipsiae 1842. (kl. Schr. Nr. 32.). Vgl. L. 1. §. 20. D. de poss. Scheurl a. a. O. S. 205. fg. Dagegen wird dem Mandanten, welchem der Trabent es zugedacht hat, das Eigenthum erworben, wenn gleich der Bevollmächtigte für sich die Absicht hegt, dasselbe für einen Andern oder für sich selbst zu erwerben, L. 13. D. de donat., und es wird gar nicht veräußert, wenn ein bloß angeblicher Stellvertreter in solcher Absicht die Sache übernimmt, während der Trabent nur in der Absicht, der angeblich vertretenen Person das Eigenthum zu übertragen, dieselbe übergibt. L. 43. §. 1. D. 47. 2. — Einige Fälle aber gibt es, wo Jemand ausnahmweise für einen Andern erwirbt, ohne dessen Stellvertreter seyn zu wollen, nämlich: a) Mündel können die Sachen, welche der Vormund mit ihrem Gelde für sich angeschafft hat, vindiciren. L. 2. D. qvando ex facto tut. 26. 9. L. 3. Cod. arb. tut. 5. 51. b) Eben so Soldaten die mit ihrem Gelde erkauften Sachen. L. 8. Cod. de rei vind. 3. 32. L. 2. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16. c) Die Frau kann im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Mannes die Sachen vindiciren, welche dieser mit dem von ihr geschenkten Gelde, eben so wie die, welche er mit Dotalgeld für sich angeschafft hat, sofern sie noch vorhanden sind. L. 55. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. 54. D. de iure dot. 23. 3.

[4] L. 36. D. h. t. (Julian. lib. XIII. Dig.). Quum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio; veluti si ego credam, me ex testamento tibi

obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi; nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. Dagegen: L. 18. pr. D. 12. 1. (Ulp. lib. VII. disput.). Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse; sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. Quare si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sint consumti. Ueber die manchfaltigen Vereinigungsversuche vgl. Regenbrecht Comm. ad L. 36. D. de acquir. rer. dom. et L. 18. D. de reb. cred. Berolini 1820., insbesondere über die ältere Litteratur das. pag. 69...109. Seuffert Erörtr. S. 23...27. Vang. §. 311. Anm. 3. Puchta §. 148. not. h. und Vorles. I. S. 447. Schmid Hdb. §. 8. not. 29. Scheurl a. a. O. S. 191. fg. Die meisten betrachten die L. 36. als die entscheidende Stelle und finden in L. 18. höchstens eine Ausnahme oder Modification der in jener ausgesprochenen Regel. Durch künstliche Erklärung der L. 36. cit. sucht dagegen wieder zu helfen Wetzell, Diss. „Lex XII. tabb. rerum furtivarum usucapionem prohibet." Monachii 1840. pag. 64...68. und in andrer Weise Hermann in Linde's Ztschr. n. F. VII. S. 233., beide unbefriedigend.

[b] Ein solcher Vorbehalt ist das sog. pactum reservati dominii, besonders beim Verkauf üblich. Vgl. Duncker im Rh. Mus. V. 4. Vang. §. 311. Anm. 2. Schmid §. 8. not. 77.

§. 146.

2) Durch richterlichen Zuspruch.

In den drei sog. Theilungsprocessen (§. 97. Anm. 5. §. 99. not. a.) kann der Richter nach Umständen einer Partei das Alleineigenthum der bisher gemeinschaftlichen Sache, beziehungsweise des streitigen Gränzstriches, oder eines reellen Theiles davon zusprechen, adiudicare [a]. Dieß Eigenthum wird unmittelbar durch den rechtskräftigen richterlichen Zuspruch erworben [b], vorausgesetzt, daß die streitenden Theile ausschließlich Eigenthümer der fraglichen Sache waren [c].

Anm. Von der Adjudicatio i. e. S. ist zu unterscheiden: a) die Zuerkennung des Eigenthums im Eigenthumsstreite, wodurch nicht Eigenthum gegeben wird, sondern nur, quod adquisitum est, declaratur. cf. L. 8. §. 4. D. si serv. vind. 8. 5. b) Die Verurtheilung des Beklagten zur Verschaffung (Uebertragung) des Eigenthums (möglich auch im Eigenthumsstreite, wenn jener während desselben die Ersitzung vollendet hat, §. 163. Anm. 2.), zu deren Vollziehung der Richter,

[a] §. 4...6. J. de off. iud. 4. 17. L. 12. §. 2. L. 16. §. 1. L. 36. L. 44. §. 1. L. 47. pr. L. 55. D. fam. erc. 10. 2. [b] §. 7. J. l. c. cf. Ulp. XIX. 16. L. 45. D. de pactis. 2. 14. [c] arg. L. 17. D. de usucap. 41. 3. L. 7. pr. D. de Publ. act. 6. 2.

im Namen des ungehorsamen Beklagten (vgl. §. 145. not. c.), den Kläger in den Besitz der Sache setzt. Uebrigens vgl. noch Hoffmann im civ. Arch. XXXV. 10. „In welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen tritt eine adiudicatio bei der actio finium regundorum ein?"

§. 147.

3) Durch Verwirkung des bisherigen Eigenthümers.

Aus gewissen Gründen verliert der Eigenthümer sein Eigenthum ohneweiters zu Gunsten einer bestimmten andern Person. So der Eigenthümer nicht verzollter Sachen (commissa) zu Gunsten des Zollberechtigten [a], ausgenommen, wenn die Versäumniß der Zollentrichtung durch Irrthum entschuldigt wird [b], oder der Eigenthümer ein Soldat ist [c], oder ein Unmündiger, für welchen binnen 30 Tagen der Zoll nachbezahlt wird [d]; durch den Ablauf von 5 Jahren verjährt dieser Anspruch [e]. So ferner der Miteigenthümer eines Hauses wegen versäumter Erstattung seines Antheils an nothwendig gewesenen Reparaturkosten zu Gunsten des Miteigenthümers, welcher dieselben aufgewendet hat [f]; sodann der Parens, welcher eine andere Ehe eingeht, zu Gunsten seiner Kinder aus früherer Ehe, rücksichtlich gewisser Sachen, an welchen ihm nur der Nießbrauch verbleibt [g].

§. 148.

4) Andere Fälle.

Andere Fälle abgeleiteten Eigenthumserwerbes kommen wegen ihres Zusammenhangs mit besondern Rechtsverhältnissen an andern Orten vor; so namentlich der Erwerb durch Erbfolge und Vermächtniß im fünften, der Erwerb durch missio in possessionem damni infecti nomine, sodann durch impetratio dominii wegen Pfandrechts, im dritten Buche (§. 328. 376.).

B. Ursprünglicher Erwerb.

1) Mit Rücksicht auf bisheriges Eigenthum des Erwerbers.

§. 149.

a) Erwerb der Erzeugnisse.

Das Eigenthum der Erzeugnisse einer Sache fällt der Regel nach, sobald sie durch Trennung von dieser als selbständige Sachen

[a] Dig. de publicanis et vectigalibus et commissis. 39. 4. Cod. de vectigalibus et commissis. 4. 61. [b] L. 16. §. 6. 10. D. l. c. [c] L. 3. Cod. l. c. [d] L. 7. §. 1. D. l. c. [e] L. 2. Cod. l. c. [f] §. 133. not. g. [g] nov. 22. cap. 23... 26. 46. (§. 417. 418.)

ins Daseyn treten, von selbst dem Eigenthümer der erzeugenden Sache zu, zu welcher sie bis dahin als Bestandtheile gehörten [a]. Dieser Erwerb kann jedoch durch ein besonderes Recht Anderer auf den Fruchterwerb ausgeschlossen werden (§. 156).

b) Erwerb durch Verbindung.

§. 150.

Durch Verbindung einer Sache mit der andern Sache kann der Eigenthümer der letzten auch Eigenthum an der ersten erwerben, wenn die Verbindung von der Art ist, daß die verbundene Sache ihr bisheriges abgesondertes, selbständiges Daseyn völlig verliert. Dieser Erwerb gestaltet sich verschieden, je nachdem die beiden verbundenen Sachen in gleichem Verhältniß zu einander stehen (Erwerb durch Vermischung), oder im Verhältniß von Haupt- und Nebensache (Erwerb durch nebensächliche oder accessorische Verbindung).

§. 151.

a) Durch Vermischung [1].

Wenn Sachen verschiedener Eigenthümer nach Uebereinkunft derselben vermischt werden, so erhalten diese Miteigenthum an dem dadurch entstandenen Ganzen, wofern nicht etwas anderes besonders bestimmt ist. Eine besondere Erwerbart ist darin nicht enthalten [a]. Wenn aber die Sachen ohne Uebereinkunft, es sey einseitig von dem Eigenthümer der einen Sache allein, oder von einem Dritten, oder durch bloßen Zufall mit einander vermischt [b] und nicht wieder von einander zu scheiden sind [c], so entsteht eben dadurch, auch ohne solche Absicht, Miteigenthum für die Eigenthümer der verbundenen Sachen, nach Verhältniß des Werthes derselben [d], es möchte denn eine Specification vorliegen, welche das Eigenthum des (durch Vermischung ungleichartiger Substanzen) entstandenen neuen Ganzen dem Specificanten gibt [e]. Sind jedoch die Sachen nur unter einander gemischt, ohne körperlich in einander überzugehen, z. B. Getreide, so bleibt eigentlich jedem Eigenthümer sein gesondertes Eigenthum, und nur theilweise tritt ein ähnlicher Erfolg wie in jenem Falle ein,

[a] §. 19. J. h. t. L. 2. 6. D. h. t. L. 25. pr. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 5. §. 2. D. de rei vind. 6. 1. (§. 55. not. b. c.).

[b] §. 27. J. h. t. L. 7. §. 8. D. h. t. [b] §. 27. in f. J. h. t. L. 7. §. 9. D. h. t. [c] L. 5. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. L. 12. §. 1. D. h. t. [d] L. 3. §. 2. L. 4. D. de rei vind. 6. 1. [e] L. 5. §. 1. cit. L. 27. §. 1. D. h. t. (s. 155.).

ſofern die Ausſcheidung der jedem Eigenthümer gehörenden Sachen thatſächlich nicht zu bewirken iſt [f]. Eine Ausnahme gilt für Geldſtücke [g]; man erwirbt das Eigenthum derſelben, ſobald man ſie mit ſeinem Gelde vermiſcht hat [2].

Anm. [1] Die Römer gebrauchen die Worte confusio und commixtio promiscue; die Neuern verſtehen unter confusio, Vermiſchung im e. S., vorzugsweiſe die Vermiſchung flüſſiger oder flüſſiggemachter Sachen (not b...e), unter commixtio, Vermengung, die Vermiſchung trockener Körper (not. f. g.).

[2] Dernburg in der Heidelb. krit. Zſchr. I. S. 158. „Nicht durch Commixtion direkt geht das Eigenthum am Geld unter, ſondern dadurch, daß es durch die Commixtion (si mixti essent nummi, et discerni non possent) als Species conſumirt wird." Vgl. Puchta Inſt. II. §. 242. not. b.

§. 152.

β) Durch nebenſächliche Verbindung.

Eine ſolche (ſog. Adjunctio) kann vorkommen: 1) als Verbindung einer beweglichen mit einer andern beweglichen Sache. Iſt dieſe von der Art, daß die eine als bloßer Beſtandtheil der andern in dieſer aufgeht (und dieſes darf man annehmen, wenn ſie von dieſer nicht wieder oder doch nicht unverſehrt getrennt werden kann), ſo fällt das Eigenthum der Nebenſache unwiderruflich dem Eigenthümer der Hauptſache zu [a]; im andern Fall bewirkt die Verbindung nur eine Beſchränkung in der Ausübung des Eigenthums, indem hier zuvor Trennung der verbundenen Sachen erwirkt werden muß (durch die actio ad exhibendum), um das Eigenthum an der Nebenſache gegen den Eigenthümer der Hauptſache geltend zu machen [b]. Welche Sache aber als Haupt- oder Nebenſache zu betrachten ſey, das iſt darnach zu beurtheilen, welche für ſich ohne die andere beſtehen kann [c], oder dem Ganzen am meiſten gleichkommt, oder als diejenige erſcheint, für welche die andere beſtimmt iſt [d], oder endlich, welche für ſich von höherm Werthe iſt [e]. 2) als Verbindung einer beweglichen mit einer unbeweglichen Sache. Hier erwirbt der Eigenthümer der letzten das Eigenthum der erſten, wenn dieſe durch die Verbindung ein Beſtandtheil des Grundſtücks wird. Dieß aber iſt der Fall bei einem durch den Fluß angeworfenen

[f] §. 28. J. h. t. L. 5. pr. cit. [g] L. 78. D. de solut. 46. 3.
[a] §. 33. 34. J. h. t. L. 9. §. 1. 2. D. h. t. L. 23. §. 2...5. D. de rei vind. 6. 1.
[b] L. 23. §. 5. cit. cf. L. 27. pr. D. h. t. L. 30. §. 1. in f. D. de usucap. 41. 3. L. 6. 7. D. ad. exhib. 10. 4. [c] L. 23. §. 3. cit. §. 33. J. h. t. cf. §. 34. J. eod.
[d] L. 26. §. 1. D. h. t. §. 26. J. h. t. L. 61. D. de rei vind. 6. 1. L. 19. §. 13...16. L. 20. D. de auro leg. 34. 2. [e] L. 27. §. 2. D. h. t.

Stück Landes (avulsum), ſobald es mit dem Grundſtück verwachſen iſt [f], bei Pflanzen, ſobald ſie in demſelben Wurzel geſchlagen haben [g] (plantatio), und bei dem Gebäude, welches auf demſelben errichtet worden (inaedificatio), bei dieſem jedoch nur als Ganzem, nicht rückſichtlich der einzelnen Materialien, aus denen es beſteht, als einzelnen Sachen [h], deren Vindication indeſſen durch die Verbindung mit dem Gebäude, ſo lange ſie beſteht, gehemmt wird.

Anm. Die Beſtimmungen des R. Rts. über dieſen an ſich ſchwierigen Gegenſtand ſind in mehrfacher Beziehung unbefriedigend. Vgl. Arndts in krit. Jahrb. XII. S. 818...822. Unger über den Entw. e. bürgerl. Geſetzb. für Sachſen, Wien 1853. S. 164. fg. Man bemerke:

1) Es fehlt an einer genauen Beſtimmung darüber, wann die eine Sache durch die Verbindung ihre Selbſtändigkeit völlig verliere? Nur eine Andeutung gibt L. 23. §. 3. D. 6. 1. in den Worten: necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest; eine andere ſpeciellere L. 23. §. 5. eod.: Item quaecunque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest; sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur, excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim, si statuae suae ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi, et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. Vgl. Schmid §. 10. not. 104.

2) Ungleich ſind die Ausſprüche der Quellen darüber, ob dann, wenn die Verbindung das Eigenthum nicht unwiderruflich entzieht, doch einſtweilen daſſelbe ausgeſchloſſen ſey, der Eigenthümer der Hauptſache alſo das, obwohl auflösbare, Eigenthum der verbundenen Sache habe, oder ob auch inzwiſchen der Eigenthümer der letzten ſein Eigenthum behalte und nur in der Vindication beſchränkt ſey? Vgl. L. 23. §. 5. cit. Ea, quamdiu cohaerent, ***dominus*** vindicare non potest. L. 27. §. 10. D. h. t. (Gai.). Nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desiit eius dominus esse, sed tantisper neque vindicare potest, etc. Dagegen L. 2. Cod. cit. (not. g.). Si vero fuerit dissolutum *(aedificium)*, eius materia ***ad pristinum dominum redit.*** L. 59. D. de rei vind. (Julian). Simulatque inde demta essent, continuo in pristinam causam reverti. L. 23. cit. §. 7. (Paul.) Caementa autem resoluta ***prior dominus*** vindicabit. Theophil. ad §. 29. J. h. t. Ἐκείνου δήλου ὄντος, ὅτι ὁ τῆς ὕλης δεσπότης οὐκ ἐκπίπτει τῆς δεσποτείας εἰς τὸ διηνεκές, ἀλλ' ἐφ' ὅσον ἑστηκε τὸ οἰκοδόμημα, οὕτε τὴν in rem κινεῖν...δύναται. Indeſſen iſt dieſe Differenz

[f] L. 7. §. 2. D. h. t. §. 21. J. h. t. [g] §. 31. 32. J. h. t. L. 7. §. 13. L. 9. pr. L. 26. §. 2. D. h. t. L. 2. 11. Cod. de rei vind. 3. 32. cf. L. 5. §. 3. D. eod. 6. 1. (§. 50. not. c.). — L. 8. D. h. t. L. 83. D. pro socio. 17. 2. L. 19. pr. D. comm. div. 10. 3. (§. 53. Anm. 4.) [h] §. 29. 30. J. h. t. L. 7. §. 10...12. L. 28. cf. L. 60. D. h. t. L. 16. Cod. de rei vind. 3. 32. (§. 50. not. d.). — L. 23. §. 7. D. de rei vind. 6. 1. L. 7. §. 2. D. de except. rei iud. 44. 2.

ſachlich unbedeutend; gewiß iſt, daß der Eigenthümer der Hauptſache in und mit dieſer einſtweilen auch die verbundenen Sachen als deren Beſtandtheile vindiciren kann, das Sondereigenthum an dieſen alſo höchſtens als ſog. dominium dormiens beſteht. Vgl. auch L. 21. §. 4. D. de furt. 47. 2. Sed si ansam in poculo suam putavit vel vere fuit, totius poculi eum furtum facere Pomp. scribit.

3) Ungenügend und inconſequent ſind die Entſcheidungen darüber, welche von mehreren beweglichen Sachen als Haupt- oder Nebenſache zu betrachten ſey? Als unzweifelhaft wird angenommen, daß die Schrift dem Papier folge (licet aureae litterae sint). Ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem scripsero, huius corporis (Hal. *operis*) non ego sed tu dominus esse intelligeris. L. 9. §. 1. D. h. t. Daſſelbe behauptet Paulus mit andern vom Gemälde im Verhältniß zur Tafel; denn necesse est, ei rei cedi (Hal. *cedere id*), quod sine illa esse non potest. L. 23. §. 3. cit. Aber quidam contra senserunt (§. 3. cit.); ex diverso placuit (wahrſcheinlich den Sabinianern), tabulas picturae cedere. L. 9. §. 2. D. h. t. (Gai.). Und dieſe Meinung iſt von Juſtinian gebilligt: *nobis* videtur melius esse, tabulam picturae cedere; ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. §. 34. J. h. t. Wenn Puchta §. 164. Inſt. II. §. 242. not. g. das letzte allein für das an ſich Richtige erklärt, die Entſcheidung in Betreff der Schrift als ſachwidrig tadelt, indem er als Regel aufſtellt: „Hauptſache iſt, für welche die andere beſtimmt und um deren willen ſie vorhanden iſt," ſo mag man dieß der Natur der Sache entſprechend finden; aber der römiſche Juriſt behandelt gerade die gebilligte Entſcheidung über Gemälde als eine eigentlich inconſequente Ausnahme; cuius diversitatis vix idonea ratio redditur. Gai. II. 78. vgl. Anm. 4. c. — Daß bei dem Daguerreotypbilde die Silberplatte die Hauptſache ſey, wird ausgeführt von Madai im civ. Arch. XXVI. 8. Nr. II. — Bei einem Schiff gilt der Kiel als die Hauptſache. L. 61. D. h. t. Allgemeine Andeutungen geben L. 26. §. 1. h. t. „in quibus propria qualitas rei spectaretur (Flor. *qual. exspectaretur*), si quid additum erit, toto cedit, ut statuae pes etc." L. 19. §. 13. cit. (not. d.) „ei enim cedit, cuius maior est species. Semper enim cum quaerimus, quid cui cedat, illuc spectamus, quid cuius rei ornandae causa adhibetur, ut accessio cedat principali. Cedent igitur gemmae phialis" etc.

4) Der Eigenthümer der Hauptſache macht durch den Zuwachs der Nebenſache auf Koſten ihres Eigenthümers einen Gewinn; es iſt billig, daß dieſem dafür Entſchädigung werde. Dieſe kann er,

a) und zwar in vollem Maße, durch die gewöhnlichen Rechtsmittel erlangen, wenn ihm durch unerlaubte Handlung die Nebenſache entzogen iſt, z. B. durch die Diebſtahlsklagen, wenn ſie entwendet iſt, durch die actio ad exhibendum gegen denjenigen, welcher dolo malo die Verbindung vorgenommen hat. Eben ſo durch Contractsklage, wenn die Verbindung vertragsmäßig geſchehen iſt. Er kann ſie

b) unter dem Geſichtspunkt des Erſatzes für nützliche oder nothwendige

Verwendungen, durch doli exceptio gegen die rei vindicatio sich verschaffen, wenn er sich im Besitze befindet (§. 102. a. E.).

c) Ist der Gegner im Besitze, so wird ihm in subsidium eine actio in factum gegeben, L. 23. cit. §. 5., jedoch nach strenger Ansicht des R. Rts nur, wenn die Verbindung nicht von ihm selbst herrührt. L. 33. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 14. D. de doli except. 44. 4.

d) Beim Gemälde wird dem bisherigen Eigenthümer der Tafel utilis rei vindicatio gegen den im Besitz befindlichen Maler gegeben; dieser kann jedoch, wenn er in bona fide war, doli exceptio entgegensetzen, falls jener nicht den Werth der Malerei ersetzen will, und kann jene Klage jedenfalls ausschließen, wenn er nur den Werth der Tafel ersetzt, wie er unter gleicher Bedingung als Nichtbesitzer selbst directam rei vindicationem anstellen kann. L. 9. §. 2. h. t. §. 34. J. h. t. Manche kehren die Sache um, Schmid not. 99...102., und führen dadurch das ridiculum, das Justinian von sich stößt, durch die Hinterthür wieder ein. Jene utilis vindicatio soll nur dazu dienen, dem Eigenthümer jedenfalls wenigstens den vollen Werth der Tafel zu verschaffen.

e) Eine utilis in rem actio gewährten einige Juristen auch dem Eigenthümer des in ein fremdes Grundstück verpflanzten Baumes, L. 5. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. „Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant", während anderwärts für diesen Fall die Vindication verneint wird. L. 9. §. 2. de damno inf. 39. 2. Vgl. Schmid not. 87.

f) Einer besondern Entschädigungsklage bedarf es nicht, wenn noch Trennung der verbundenen Sache gefordert werden kann (not. b.). Aber bei verbauten, desgleichen bei in Weinbergen verwendeten, Materialien (tignum iunctum aedibus/vineave) findet nach den XII. tabb. die Klage auf Trennung (ad exhibendum actio) nicht statt, obgleich deren Eigenthum nicht unwiderruflich entzogen ist; der Eigenthümer kann nur die ohnedieß wieder getrennten Sachen vindiciren (not. h.), nicht aber die Trennung selbst erwirken. Statt dessen ist ihm eine eigene Klage auf doppelten Ersatz des Werthes derselben gegeben (actio de tigno iuncto. §. 130. a. E.), dessen Erlangung aber, wenn der Gegner mala fide die Verbindung vorgenommen hatte, die Vindication nach der Trennung nicht ausschließt. L. 1. 2. D. de tigno iuncto. 47. 3. L. 98. in f. D. de solut. 46. 3. §. 29. J. h. t. Ueber die streitigen Voraussetzungen und Wirkungen dieser Klage vgl. Huschke, ad leg. XII. tabb. de tigno iuncto comment. Vratislaviae 1837. Puchta in Linde's Ztschr. XI. 10. (kl. Schr. Nr. 24.) Bang. §. 300. Schmid §. 10. S. 173. fg.

g) Der Anspruch auf Ersatz wie die sonst künftig noch mögliche Geltendmachung des Eigenthums fällt weg, wenn die Verbindung donandi animo geschehen ist. L. 2. Cod. de rei vind. 3. 32. Nach andern Stellen scheint dieß überhaupt bei wissentlichem Bauen auf fremdem Boden als Regel angenommen zu werden. L. 7. §. 12. D. h. t. §. 30. J. h. t. Schmid not. 67. 68.

h) Bei dem avulsum (not. f.) ist von Entschädigung des Verlierenden keine Rede; dieser hätte den Verlust durch zeitige Rückforderung abwenden können. Schmid not. 12...18.

§. 153.

c) Zuwachs der Grundstüke durch Aenderung des Flußbetts.

Das Eigenthum der durch einen öffentlichen Fluß begränzten Grundstücke kann eine Erweiterung erhalten durch Aenderung des Flußbetts, welches als natürliche Fortsetzung jener betrachtet wird, die nur zur Zeit durch den Fluß als res publica ihnen entzogen ist. Verläßt dieser sein Bette ganz (alveus relictus), oder erhebt sich dieses theilweise über die Wasserfläche (insula in flumine nata, nicht eine bloß schwimmende Insel), so fällt das Eigenthum daran von selbst den Ufereigenthümern zu, entsprechend der Flußgränze der einzelnen Grundstücke, und unter den Eigenthümern beider Ufer getheilt durch die Mittelinie des Flusses [a]. Tritt dieser nur von einem Ufer weiter zurück, so rücken die Grundstücke dieses Ufers um so viel weiter vor, so wie sie auch durch allmählige Anschwemmung (alluvio) erweitert werden [b]. Die entstandene Insel hat in diesen Beziehungen nach beiden Seiten hin dasselbe Recht, wie jedes andere vom Fluß begränzte Grundstück [c], und kann durch Anschwemmung an allen Gränzen erweitert werden [d].

Anm. [1] L. 7. §. 3. D. h. t. Insula ... in flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam est; quodsi alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. Der letzte Satz ist von dem Fall zu verstehen, wenn die ganze Insel mit allen ihren Theilen dem einen Ufer näher liegt, arg. Gai. II. 72. „si vero non sit in medio flumine“ etc. Vgl. übrigens L. 29. h. t. „... insula ... non pro indiviso communis fit, sed pro regionibus quoque divisis.“ (§. 53.)

[2] L. 7. §. 5. in f. D. h. t. Cuius tamen totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen, non tamen is, cuius is ager fuerat, stricta ratione quidquam in eo alveo habere potest, quia et ille ager, qui fuerat, desiit esse amissa propria forma, et quia vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere; sed vix est, ut id optineat (factisch oder rechtlich?). Schmid §. 10. not. 40.

[3] L. 95. §. 4. D. h. t. Labeo libro eodem: si id, quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in

[a] §. 22...24. J. h. t. L. 7. §. 3...6. D. h. t. L. 29. 30. pr. §. 1. 2. L. 65. §. 1...3. eod. L. 1. §. 6. 7. D. de flum. 43. 12. [b] §. 20. J. h. t. L. 7. §. 1. cf. L. 12. pr. L. 30. §. 1. in f. §. 3. D. h. t. [c] L. 56. §. 1. L. 65. §. 3. D. h. t. [d] L. 7. §. 1. L. 56. pr. D. h. t.

flumine publico nata est, publica esse debet. Ist zu verbessern: *non, si id etc.?* Bang. §. 328. Anm. 1. Puchta Vorles. §. 165. Schmid not. 22. Vielleicht wollte Labeo durch seine Bemerkung nur die Behauptung abweisen, daß das in einem öffentlichen Flusse künstlich Erbaute nothwendig res publica sey; vgl. L. 14. 15. 34. §. 4. D. h. t. Dig. de flum. 43. 12., ne quid in flum. publ. 43. 13.

[a] Unpractische Sätze enthalten L. 16. D. h. t. In agris limitatis alluvionem locum non habere constat; L. 1. §. 6. 7. D. de flum. Si insula in flumine publico fuerit nata .... aut occupantis est, si limitati agri fuerunt. — Si limitatus est ager, occupantis alveus fiet.

2) Unabhängig von bisherigem Eigenthum des Erwerbers.

§. 154.

a) Besitzergreifung herrnloser Sachen.

Das Eigenthum einer zwar eigenthumsfähigen, aber zur Zeit herrnlosen Sache wird durch Erwerb ihres Besitzes erworben, res nullius cedit occupanti [a]. Als herrnlose Sachen aber gelten unter andern [b]: 1) wilde Thiere [1], die sich in ihrer natürlichen Freiheit erhalten oder dieselbe wieder erlangt haben [c]; 2) Sachen, die sich in der Gewalt der Feinde befinden [d], in welcher Beziehung jedoch das heutige Recht vom römischen wesentlich abweicht [2]; 3) vom Eigenthümer preisgegebene Sachen [e], res derelictae [3]. Als herrnlose Sache wird auch der Schatz betrachtet, d. i. ein seit längerer Zeit verborgener Gegenstand von Werth, als dessen Eigenthümer Niemand mehr sich auszuweisen vermag [4]. Allein darüber gelten folgende besondere Bestimmungen [f]: Der in eigenem oder herrnlosem Boden gefundene Schatz gehört ganz dem Finder; ist er auf fremdem Grundstück gefunden, so gehört er halb dem Finder, halb dem Eigenthümer des Grundstücks [5]; wenn aber absichtlich ohne Erlaubniß des Eigenthümers oder auch in dessen Auftrag darnach gesucht wurde, ganz dem letzten; und wenn er in eigenem oder herrnlosem Boden unter Anwendung böser Künste oder anderer unerlaubter Mittel gefunden wurde, so fällt er ganz dem Fiscus zu [6].

Anm. [1] Ueber das Verhältniß der betreffenden Bestimmungen des R. Rts um heutigen Jagdrecht: Puchta Vorles. §. 154. Schmid Hdb. §. 7. not. 5...37. Holzschuher II. 1. S. 130. fg.

[a] L. 3. pr. D. h. t. [b] §. 18. J. h. t. L. 7. §. 3. D. h. t. L. 1. §. 1. D. de poss. 41. 2. [c] §. 12...16. J. h. t. L. 1. §. 1. . . L. 5. L. 55. D. h. t. cf. L. 44. eod. [d] §. 17. J. h. t. L. 5. §. 7. L. 51. §. 1. D. h. t. (§. 127. not. b.). [e] §. 47. 48. J. h. t. L. 9. §. 8. D. h. t. Dig. pro derelicto. 41. 7. cf. L. 43. §. 4...11. D. de furtis. 47. 2 [f] §. 39. J. h. t. L. 31. §. 1. L. 63. D. h. t. L. un. Cod. de thesauris. 10. 15. cf. L. 3. §. 10. 11. D. de iure fisci. 49. 14. Theod. Cod. 10. 18.

[3] Ueber die heutigen völkerrechtlichen Bestimmungen: Schmid §. 7. not. 67...88.

[4] Verschieden von derelinquirten sind verlorene Sachen, L. 43. §. 7. 8. D. 47. 2. (Walther, über den Funddiebstahl. München 1848.), ferner zur Rettung auf der See ausgeworfene Sachen, L. 9. §. 8. D. h. t. Ueber das sog. Strandrecht vgl. Auth. Frid. *Navigia* ad L. 18. Cod. de furtis. 6. 2. Schmid not. 47...49. — Eine besondere Bestimmung enthält das R. R. in Ansehung steuerpflichtiger Grundstücke, welche der Eigenthümer wüst liegen läßt. Sie sollen demjenigen zufallen, der sie anbaut und nicht binnen zwei Jahren von jenem wegen der gemachten Verwendungen und Ausgaben entschädigt wird. L. 8. Cod. de omni agro deserto. 11. 58. Sowohl über den Sinn dieser Vorschrift als deren heutige Anwendbarkeit sind die Meinungen verschieden. Schmid not. 50.

[5] L. 31. §. 1. D. h. t. Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat; sic enim fit eius, qui invenerit, quod non alterius sit. Alioquin si quis aliquid vel lucri causa vel metus vel custodiae condiderit sub terra, non est thesaurus; cuius etiam fit furtum. cf. L. 44. pr. D. de poss. 41. 2. Von den neuern Rechtsgelehrten wird hiernach der Erwerb des Schatzes unter den Gesichtspunkt der Occupation einer herrnlosen Sache gestellt; so auch in der ersten Auflage dieses Lehrb. Mit Recht erklärt sich dagegen Dernburg in der Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 148., so daß der, „welcher den gefundenen Schatz zum Schulzen bringt, ohne daß er seine Berechtigung kennt", ohne daß er beim Heben des Schatzes den animus sibi possidendi hatte, um nichts weniger Eigenthum erworben habe.

[6] Streitig ist, ob der Fiscus auf den in loco sacro oder religioso, gleichwie als Eigenthümer auf den in loco publico gefundenen Schatz Anspruch habe? L. 3. §. 10. D. 49. 14. Si in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut in monumentis thesauri reperti fuerint, Divi fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur. Dagegen §. 39. J. h. t. Thesauros ... Hadrianus ... ei concessit, qui invenerit; idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. Die letzte Stelle ist vorzuziehen, arg. L. un. Cod. h. t. Schmid not. 56., oder doch nur in Ansehung des locus religiosus Hadrian's Bestimmung durch die Constitution der divi fratres für derogirt zu halten. K. Sell dingl. Rechte S. 89.

[7] Streitig: ob der Grundeigenthümer, beziehungsweise der Fiscus, das Eigenthum an dem Schatze, zur Hälfte oder ganz, ipso iure erwerbe, oder der Finder nur zur Restitution verpflichtet sey? Nach dem Gesichtspunkt der Occupation würde das letzte anzunehmen seyn, arg. L. un. Cod. h. t. „hoc locorum domino reddere compellatur" ... „cum locorum domino partiatur;" Puchta §. 154. not. c. Seuffert §. 130. not. 4.; das erste dagegen nach Anm. 4., arg. §. 39. J. h. t. „dimidium inventori, dimidium domino soli concessit. Et convenienter, si quis in Caesaris loco invenit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit. Cui conveniens est, si quis in fiscali loco vel publico vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis;" cf. L. 63. pr. D. h. t. womit auch die angeführten Worte der L. un. cit. nicht im Widerspruch stehen. Vgl. auch Schmid

not. 66. — Ueber das Finden der in beweglichen Gegenständen befindlichen Sachen: W. Sell Versuche I. 3. K. Sell dingl. Rechte S. 90.

§. 155.

b) Neugestaltung einer Sache.

Wer eine neue Sache, obwohl ganz oder zum Theil aus fremdem Stoff, verfertigt, erwirbt eben dadurch, d. i. durch sog. Specification, wenn er des Willens ist, das Eigenthum der neugebildeten Sache [a]. Dieser Erwerb ist unter dem Gesichtspunkt aufzufassen, daß die Sache in ihrer veränderten Gestalt eben eine neue Sache sey [b], welche der Thätigkeit des Verfertigers ihre Entstehung verdankt [1]. Aber nur dann [c] wird die Sache als eine wirklich neu hervorgebrachte betrachtet und daher dem Verfertiger zugesprochen, wenn sich die frühere Gestalt derselben nicht wieder herstellen läßt [2]. Auch erwirbt dieser nicht, wenn er mit rechtswidrigem Willen wissentlich eine fremde Sache in solcher Weise neugestaltet hat [3], und in jedem Falle muß der Erwerber wenigstens wegen der ihm grundlos gewordenen Bereicherung den Eigenthümer des Stoffes entschädigen [4].

Anm. [1] L. 7. §. 7. D. h. t. Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant, hunc dominum esse, qui fecerit, quia, quod factum est, antea nullius fuerat. Nicht der Gesichtspunkt allein, daß die neue Sache als herrnlose dem Occupanten gehört, ist entscheidend, sondern der, daß der Verfertiger sie als neue Sache hervorgebracht hat: arg. §. 25. J. h. t. „Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis ... dubitandum non est. hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, *quum non solum operam suam dedit*, sed et partem eius materiae praestavit. Scheurl Beitr. I. S. 283. fg. Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 146. fg. 295. (gegen die auch in der ersten Aufl. dieses Lehrbuchs angenommene jetzt herrschende Theorie). Ist die neue Sache durch zufällige Mischung entstanden, so wird die Sache keineswegs als herrnlose jedem Occupanten erworben (§. 151.), und dieses kann auch dann nicht angenommen werden, wenn der Verfertiger nicht für sich oder einen Andern hat erwerben wollen. Schmid §. 11. not. 6. 7.

[2] Diese Meinung hat, übereinstimmend mit Paulus (L. 24. D. h. t.), Justinian adoptirt, §. 25. J. h. t., während die Proculianer darauf kein entscheidendes Gewicht legten, die Sabinianer aber immer dem Eigenthümer des Stoffes auch das Eigenthum der neu gebildeten Species zuschrieben. L. 7. §. 7. cit. Gai. II. 79. Puchta §. 154. not. g. setzt noch den Fall hinzu, wenn der Stoff „gegen die Form in einem ganz untergeordneten Verhältniß steht;" vgl. Scheurl a. a. O. Die Richtigkeit jener media sententia „möchte zu bestreiten seyn, wo

[a] §. 25. J. h. t. L. 7. §. 7. L. 24...26. pr. L. 27. §. 1. D. h. t. [b] L. 7. §. 7. cit. cf. L. 9. §. 3. D. ad exhib. 10. 4. [c] §. 25. J. cit. L. 24. D. cit.

die Kunsterzeugung sich dem Begriffe der Schöpfung nähert, indem die Bedeutung der geistigen Thätigkeit des Erzeugers eine so überwiegende ist der Bedeutung des Stoffs gegenüber, daß dieser ganz zurücktritt und also vom Recht ignorirt werden sollte." Der Natur der Sache ist dies angemessen (Arndts krit. Jahrb. XIII. S. 821.), aber es fehlt dafür an einem gesetzlichen Anhaltpunkte. Eine Ausnahme von der Regel nehmen Manche an, wenn der Verfertiger die neue Sache theils aus eigenem, theils aus fremdem Stoff gebildet hat, arg. §. 25. in f. J. l. c. (Anm. 1.), aber ohne Noth (zumal da die dort angeführten Beispiele alle unter die Regel fallen) und im Widerspruch mit L. 5. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. L. 12. §. 1. D. h. t. Vang. §. 310. Puchta §. 163. not. b. Schmid not. 11. — Keine Specification ist das bloße Färben eines Stoffs, L. 26. §. 3. D. h. t., desgleichen das Ausdreschen oder Aushülsen von Früchten, „quum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit"; L. 7. §. 7. D. h. t., wodurch der unvollständige §. 25. J. h. t. berichtigt wird.

[3] Dies früher die herrschende Meinung, arg.: a) L. 12. §. 3. D. ad exhib. 10. 4. (Paul.) Si quis ex uvis meis mustum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta, quum sciret haec aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit nostrum esse verius est. b) L. 4. §. 20. D. de usucap. 41. 3. (Paul.) Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus, et ideo vestis furtiva erit. c) L. 52. §. 14. D. de furt. 47. 2. (Ulp.) Si quis massam meam argenteam surripuerit et pocula fecerit, possum vel poculorum vel massae furti agere vel condictione. Idem est et in uvis et in musto et in vinaceis; nam et uvarum et musti et vinaceorum furti agere potest, sed et condici; cf. L. 13. 14. §. 3. D. de cond. furt. 13. 1.; welche Stellen, weil sie auch in Betreff der neuen Species dem frühern Eigenthümer die Condictio geben, nicht durch Bezugnahme auf L. 10. §. 2. D. l. c. beseitigt werden. (§. 333.) Nicht entgegen steht L. 29. §. 1. D. de don. int. v. et u. 24. 1. vgl. L. 45. D. de usur. 22. 1. (§. 415.) Scheurl und Dernburg a. a. O. vgl. auch Sell S. 101. fg. Jedoch Viele andrer Meinung mit Vang. §. 310. Schmid §. 11. S. 172. fg. Uebrigens hindert bei der Mischung eigenen und fremden Stoffes die mala fides bezüglich des letzten den Eigenthumserwerb des Specificanten nicht.

[4] Arg. L. 23. §. 4. 5. D. de rei vind. 6. 1. L. 23. D. de reb. cred. 12. 1. (§. 345.) Gai. II. 59. in f. Vang. §. 310. a. E. Andrer Meinung freilich wiederum Dernburg u. a.

§. 156.

c) Erwerb der Früchte einer fremden Sache.

Vermöge besondern Rechts erwerben gewisse Personen das Eigenthum an den Früchten, nicht an allen Erzeugnissen[a], einer

[a] L. 28. §. 1. D. de usuris. 22. 1. L. 68. D. de usufr. 7. 1. — L. 12. pr. eod. L. 7. §. 12. D. soluto matr. 24. 3.

fremden Sache, und zwar durch deren Einnahme der Nutznießer [1], sofort aber durch die Trennung von der Hauptsache der Emphyteuta [2] und der Besitzer in gutem Glauben. Der Erwerb des letzten ist dadurch bedingt, daß er den Besitz der Hauptsache rechtmäßig und in gutem Glauben erworben habe, sollte auch die Ersitzung aus anderm Grunde (§. 162) ausgeschlossen seyn, sodann daß er auch zur Zeit der Trennung noch in gutem Glauben besitze. Er muß aber nichtsdestoweniger, wenn wegen der Hauptsache die Eigenthumsklage gegen ihn angestellt wird, mit jener zugleich auch die gewonnenen Früchte, so weit er sie noch hat (fructus non consumtos), herausgeben [3].

Anm. [1] L. 13. D. quib. mod. usufr. am. 7. 4. . . . Julianus ait, fructuarii fructus tunc fieri, quum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris mox quum a solo separati sunt. Vgl. L. 25. §. 1. D. de usur. 22. 1. Jedoch: L. 28. §. 1. eod. In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et hoedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. — §. 36...38. J. h. t. Mit Unrecht wird dieser Erwerb als vom Eigenthümer abgeleiteter aufgefaßt, „der Tradition vergleichbar" (Puchta §. 150.), oder als „wahre Tradition" (Sav. Rt des Besitzes S. 314.). Vgl. dagegen Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 388...392.

[2] Nicht bloß, wenn er im Besitz ist, und nicht weil er juristischen Besitz der Hauptsache hat. L. 25. §. 1. in f. D. de usur. 22. 1. Arndts a. a. O. S. 392...396. und im Rtslex. III. S. 859. fg. Scheurl a. a. O. S. 299.

[3] L. 48. pr. D. h. t. Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt (Vulg. *provenerunt*), sed omnes, quia quod ad fructus pertinet, loco domini paene est. Denique etiam priusquam percipiat, statim, ubi a solo separati sunt, bonae fidei emtoris fiunt. Nec interest, ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit, nec ne, veluti si pupilli sit, aut vi possessa, aut praesidi contra legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonae fidei emtori. — §. 35. J. h. t. Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qualibet iusta causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, eius esse pro cultura et cura; et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus, licet consumti sint, cogitur restituere. — L. 25. §. 1. D. de usur. 22. 1. In alieno fundo quem Titius bona fide mercatus fuerat, frumentum sevi; an Titius bonae fidei emtor perceptos fructus suos faciat? Respondi: quod ad fructus, qui ex fundo percipiuntur, intelligi debet propius ea accedere,

quae servi operis suis acquirunt, quoniam in percipiendis fructibus magis corporis ius, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, adspicitur, et ideo nemo unquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit, meum fieret. Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea quum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? quum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque a solo separati sunt. — L. 4. §. 19. D. de usucap. 41. 3. Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest; si vero apud bonae fidei emtorem, contra, quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum (si consumti sint), quod verum est. — L. 48. §. 5. D. de furtis. 47. 2. Ancilla si subripiatur praegnans vel apud furem concepit, partus furtivus est . . . sed si concepit apud bonae fidei possessorem ibique pepererit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem et in pecudibus servandum est et in foetu earum, quod in partu. §. 6. Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emtorem pertinebunt; merito, quia in fructu numerantur; at partus ancillae non numeratur in fructu. — In dieſer Lehre iſt vieles ſtreitig und zweifelhaft:

a) Einige legen dem bonae fidei possessor kein Eigenthum an den Früchten bei, ſondern, bis zur Erſitzung, nur wieder bonae fidei possessio, nebſt dem Vortheil, daß er die verzehrten Früchte nicht zu erſtatten brauche; cf. L. 40. D. h. t. „fructus consumtos suos faciat," L. 4. §. 2. D. fin. reg. 10. 1. „lucrari eum oportet, si eos consumsit." Savigny Rt des Beſitzes S. 314...319. Windſcheid in Linde's Ztſchr. n. F. IV. 3.

b) Andere machen in verſchiedener Weiſe einen Unterſchied zwiſchen fructus industriales und mere naturales. Donell. comment. IV. 25. Unterholzner im civ. Arch. VIII. 13., arg. L. 45. D. de usur. Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis acquisierit, veluti serendo; nam si pomum decerpserit vel ex silva ceciderit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur. Dagegen vgl. L. 48. pr. D. h. t.

c) Manche nehmen nur interimiſtiſchen Eigenthumserwerb an, in dem Sinn, daß durch die ſpäter eintretende mala fides des Beſitzers, ſo wie durch Anſtellung der Eigenthumsklage in Betreff der Hauptſache, das Eigenthum der bis dahin noch nicht verzehrten oder veräußerten Früchte ipso iure an den Eigenthümer der Hauptſache zurückfalle, von dieſem daher auch durch ſelbſtſtändige rei vindicatio geltend gemacht werden könne. Marezoll in Linde's Zeitſchrift XVIII. 7. S. 226. fg. Sint. §. 49. not. 31. Dagegen L. 22. D. de pign. act. 13. 7. „. . . praedo . . . ipse fructus suos non faciet; a praedone

enim fructus et vindicari extantes possunt et consumti condici." L. 4. Cod. de crim. expil. hered. 9. 22. L. 3. Cod. de cond. ex lege. 4. 9.; nicht dafür L. 43. D. de evict. 21. 2., weil nicht jeder, der bona fide gekauft hat, auch zur Zeit der Trennung der Frucht noch b. f. possessor ist. Sodann behaupten

d) Manche, das einstweilen noch widerrufliche oder interimistische Eigenthum werde durch Ersitzung in unwiderrufliches verwandelt, wornach denn auch die Restitution der noch vorhandenen Früchte wegfalle. Marezoll a. a. O. S. 213. fg. Dagegen L. 4. §. 19. L. 48. §. 6. cit.

e) Nach L. 25. §. 2. D. de usur. erforderte Julian nicht Fortdauer der bona fides bis zur Trennung der Frucht. Dagegen Paulus in L. 48. §. 1. D. h. t., an welche wir uns jedenfalls „für die heutige Anwendung, nachdem wir die strengen Ansichten des canonischen Rechts über die Bedeutung der conscientia rei alienae (§. 109.) in unser Rechtsbewußtseyn aufgenommen haben, folgerichtig halten müssen." Scheurl Beitr. I. S. 298.

f) Im Wesentlichen übereinstimmend mit dem Text dieses §. sind u. a. Backe: bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat. Berol. 1825. Bang. §. 326. Mühlenbruch §. 250. Puchta §. 166. Göschen §. 282. Schmid §. 9. Heimbach, von der Frucht, S. 211. fg. Ueber den innern Grund aber dieses Erwerbes des redlichen Besitzers (§. 35. J. h. t. „eius esse pro cultura et cura") und dessen Zusammenhang mit den römischen Grundsätzen über den Erwerb durch einen in gutem Glauben besessenen fremden oder vermeintlichen Sclaven (cf. L. 25. §. 1. cit. §. 5. J. per quas pers. nob. acquir. 2. 9. L. 19. 21. pr. 23. 39. 40. 43. pr. 54. §. 4. D. h. t.) vgl. vorzüglich Scheurl Beitr. I. S. 281. 287. fg. mit Dernburg in der Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 145. fg.

§. 157.

d) Ersitzung [1].

Um der Sicherheit des Eigenthums willen ist angenommen, daß, unter gewissen Voraussetzungen, der eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzte Eigenthumsbesitz das Eigenthumsrecht gewähre [2]. Im alten römischen Recht bestand eine solche Erwerbung des Eigenthums, usucapio, durch rechtmäßig und in gutem Glauben erworbenen Besitz von einem Jahr bei beweglichen, von zwei Jahren bei unbeweglichen Sachen, und zwar als civilrechtliche Erwerbart des quiritischen Eigenthums, also unanwendbar auf Sachen, welche dessen nicht fähig waren, namentlich auf Provinzialgrundstücke [a]. Neben dieser civilrechtlichen Usucapio kam späterhin eine Art von indirekter Ersitzung auf, durch rechtmäßig und in gutem Glauben erworbenen

[a] Gai. II. 40...44. cf. II. 7. 21. Dig. de usurpationibus et usucapionibus. 41. 3. Cod. communia de usucapionibus. 7. 30.

Besitz von zehn oder zwanzig Jahren (longi temporis possessio), wornach der Besitzer zunächst durch eine exceptio oder praescriptio longi temporis gegen die Eigenthumsklage geschützt wurde [b], dann aber auch, wenn er nachher den Besitz verlor, als Kläger, wahrscheinlich mittels einer Replicatio, auf jenen langjährigen Besitz sich berufen und so den Erfolg des Eigenthumserwerbes gewinnen konnte [c]. Von der Usucapio, obwohl auf demselben Grundgedanken beruhend, wich diese Art der Ersitzung in den Voraussetzungen wie in der Wirkung mehrfach ab; sie fand insbesondere auch, ja vorzüglich, auf Provinzialgrundstücke Anwendung. Zu diesen beiden verwandten Instituten kam endlich als drittes die Verjährung der Eigenthumsklage durch dreißig- oder vierzigjährigen Besitz hinzu (§. 107), die sog. praescriptio longissimi temporis, als solche in einer Beziehung verwandt der longi temporis praescriptio, von der Usucapio wesentlich verschieden. Justinian änderte nun darin Folgendes: Er verband mit der longi temporis praescriptio, unter der Voraussetzung guten Glaubens des Besitzers auch mit der sog. longissimi temporis praescriptio, die Wirkung eines vollständigen direkten Eigenthumserwerbs [3], nachdem er zuvor schon den Unterschied zwischen quiritischem und nichtquiritischem Eigenthum beseitigt hatte [d]. Sodann [e] hob er die zweijährige Usucapio italischer Grundstücke auf und gestattete eine Ersitzung unbeweglicher Sachen überall nur mehr durch zehn- oder zwanzigjährigen, dreißig- oder vierzigjährigen Besitz, die Ersitzungszeit für bewegliche Sachen aber erweiterte er bis zu drei Jahren, und setzte endlich noch zwei gemeinschaftliche Regeln für die verschiedenen Fälle der Ersitzung fest [4]. Hierdurch war nun die longi temporis praescriptio in eine wahre Usucapio der unbeweglichen Sachen verwandelt [5], wenn gleich sie in den Justinianischen Rechtsquellen, um der Verwechslung mit der alten zweijährigen Usucapion vorzubeugen, regelmäßig nicht so genannt, vielmehr mittels durchgängig vorgenommener Interpolationen durch den Ausdruck „longo tempore capio“ oder ähnliche

[b] Pauli sentt. V. 2. §. 3...5. L. 76. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. Dig. de diversis temporalibus praescriptionibus. 44. 3. Cod. de praescriptione longi temporis decem vel viginti annorum. 7. 33. in quibus causis cessat longi temporis praescriptio. 7. 34. quibus non obiicitur longi temporis praescriptio. 7. 35. [c] L. 8. pr. in f. Cod. de praescript. 30 vel 40 ann. 7. 39. [d] L. 8. Cod. cit. L. un. Cod. de nudo iure Quir. toll. 7. 25. [e] L. un. Cod. de usucapione transformanda et sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi. 7. 31.

bezeichnet wird. Eben dieſe Interpolationen aber beweiſen zugleich, daß ſie nunmehr die Stelle jener ältern Uſucapio unbeweglicher Sachen einnehmen ſollte, und ſo ſteht ſie denn auch, abgeſehen von der Verſchiedenheit der Beſitzesdauer, im Ganzen unter denſelben Regeln, wie die fortwährend Uſucapio genannte dreijährige Erſitzung beweglicher Sachen [f]; ſofern aber ſonſt noch eine offenbare Verſchiedenheit der Grundſätze im Juſtinianiſchen Recht ſich wirklich erhalten hätte, müßte man nun zwiſchen der Erſitzung beweglicher und unbeweglicher Sachen unterſcheiden [6]. Die auf beide Arten von Sachen bezügliche Erſitzung durch dreißig- oder vierzigjährigen Beſitz dagegen unterſcheidet ſich in ihren Vorausſetzungen weſentlich von jenen beiden Fällen, und wird daher als „außerordentliche Erſitzung“ (ſog. usucapio extraordinaria) denſelben entgegengeſetzt, indem man dieſe unter dem Begriff der „ordentlichen Erſitzung“ (ſog. usucapio ordinaria) zuſammenfaßt.

Anm. [1] Vgl. überhaupt: Donelli Comm. V. cap. 4. 5. 14...31. Unterholzner, die Lehre von der Verjährung durch fortgeſetzten Beſitz. Breslau 1815; geſammte Verjährungslehre (§. 87. Anm. 2.) Bd. II. §. 173...186. Ueber die Geſchichte des Inſtituts: Puchta Inſt. II. §. 239. 240. Schenk Beitr. II. S. 29. fg.

[2] L. 3. D. h. t. Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. L. 1. D. h. t. (Gai. ad ed. prov.) Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium. cf. Gai. inst. II. 43. 44. L. 5. pr. D. pro suo 41. 10. Ueber die ältere Anwendung der Erſitzung zur Verwandlung des ſog. bonitariſchen in quiritiſches Eigenthum. Gai. II. 40...43.

[3] L. 8. Cod. de praescript. 30 vel 40 ann. (528.) Si quis emtionis vel donationis vel alterius cuiuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit et longi temporis exceptionem contra dominos eius vel creditores hypothecam eius praetendentes sibi acquisierit, posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus; hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant. §. 1. Quodsi quis eam rem desierit possidere, cuius dominus vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione triginta vel quadraginta annorum expulsus est, praedictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestari censemus, ut, si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio, sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur, ita tamen, ut novus

[f] Inst. de usucapionibus et longi temporis praescriptionibus. 2. 6.

possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit vel supposítam eam habebat, et memoratae exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi acquirat; sin vero nullum ius in eadem re quocunque tempore habuit, tunc licentia sit priori domino vel creditori, qui nomine hypothecae rem obligatam habuit, et heredibus eorum, ab iniusto detentatore eam vindicare etc.

[4] L. un. Cod. de usucapione transformanda (531). Quum nostri animi vigilantia *ex iure Quiritium* nomen et substantiam sustulerit, et communes exceptiones in omni loco valeant, decem vel viginti vel triginta annorum, vel si quae sunt aliae maioris aevi continentes prolixitatem, satis inutile est, usucapionem in italicis quidem soli rebus admittere, in provincialibus autem recludere. Sed et si quis res alienas, italicas tamen, bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excludebantur et nullus eis ad eas reservabatur regressus. Quae et nescientibus dominis procedebant: quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens suis cadebat possessionibus. §. 1. Ideo per praesentem legem et in italicis soli rebus, quae immobiles sunt vel esse intelliguntur, sicut annalem exceptionem, ita et usucapionem transformandam esse censemus, ut tantummodo et his decem vel viginti vel triginta annorum et aliarum exceptionum tempora currant, huiusmodi angustiis penitus semotis. §. 2. Quum autem antiqui et in rebus mobilibus vel se moventibus, quae fuerunt alienatae vel quocunque modo, bona fide tamen, detentae, usucapionem extendebant, non in italico solo nexu sed in omni orbe terrarum, et hanc annali tempore concludebant, et eam duximus esse corrigendam, ut, si quis alienam rem mobilem seu se moventem in quacunque terra, sive italica sive provinciali, bona fide per continuum triennium detinuerit, is firmo iure eam possideat, quasi per usucapionem ei acquisitam. §. 3. Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio eam bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio, et ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris et connumeretur in decennium vel viginti annorum spatium vel triennium *(tricennium)*. Quod et in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis *(possessionibus?)* antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriori forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est. §. 4. Ita enim ampliatur quidem longi temporis materia, quae ei subdita est, minuitur autem usucapionum compendiosa dominis iactura et eius iura nocentia, quum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet, ut sit rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis.

[5] pr. J. h. t. Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, quum crediderit eum dominum esse, rem emerit vel ex donatione aliave quavis iusta causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in

italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et quum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora, nobis melior sententia sedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur neque certo loco beneficium hoc concludatur; et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem (id est, inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur, et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominia rerum, iusta causa possessionis praecedente, acquirantur.

[c] Vgl. Puchta §. 155. 158. not. f. Arndts Beitr. I. S. 94...101. Aber „die noch ſtattfindenden Unterſchiede reduciren ſich in ihrer praktiſchen Bedeutung auf ein Minimum." Arndts a. a. O. not. 172. Stephan im cit. Arch. XXXIV. 8. 16. Mit falſcher Gründlichkeit wollen Andere noch die Verſchiedenheit beider Inſtitute als Regel behaupten. Hameau, die usucapio und longi temporis praescriptio, eine hiſt. dogmat. Erläuterung der L. un. Cod. de usucap. transform. Gießen 1835. Unbegründet aber iſt auch die Anſicht, welche nun im Fall des Widerſtreits principiell das Recht der Uſucapio für das entſcheidende erklärt, z. B. Unterholzner §. 178. Bang. §. 316. Sav. VI. S. 57...60. K. Sell dingl. Rechte S. 127., ſo wie die entgegengeſetzte, welche nun das eigenthümliche Recht der l. t. p. für das allgemein entſcheidende hält. Donell. V. cap. 4. Schmid §. 14. not. 3. May über den Charakter der ordentlichen Eigenthumserſitzung nach der const. un. Cod. de usucap. transform. Bamberg 1847. Vergl. Madai Beiträge zur Dogmengeſchichte Nr. I. — Nicht hieher gehört die beſondere durch beſondere Vorausſetzungen bedingte Wirkung der l. t. possessio, daß ſie auch gegen Pfandrechte ſchützt, Cod. si adversus creditorem praescriptio opponatur. 7. 36., in welcher Beziehung ſie auch bei beweglichen Sachen noch wichtig iſt. L. 5. §. 1. L. 9. D. de div. temp. 44. 3. L. 2. Cod. in quib. caus. cessat l. t. p. 7. 34. cf. L. 44. §. 5. D. h. t. 41. 3.

a) Von der ordentlichen Erſitzung. Erforderniſſe derſelben.

§. 158.

aa) Beſitz.

Das erſte Erforderniß der Erſitzung iſt Beſitz [a], und zwar Eigenthumsbeſitz [b], der aber in dieſer Beziehung auch dem Verpfänder noch beigelegt wird, wenn gleich das Recht der Interdicte auf den Gläubiger übertragen iſt [c]. Der Beſitz ſetzt eine eigenthumsfähige Sache voraus [d], kann aber auch an einem reellen oder

[a] L. 25. D. h. t. 41. 3. [b] L. 13. pr. D. h. t. [c] L. 16. D. h. t. L. 9. §. 15. D. de poss. 41. 2. (§. 135.) [d] L. 9. 45. pr. D. h. t.

intellectuellen Theil einer Sache ſtattfinden [e], nicht an einer Sachgeſammtheit als ſolcher [f].

Anm. Ueber die Erſitzung zuſammengeſetzter Sachen vgl. L. 23. 30. §. 1. D. h. t. L. 30. pr. D. de poss. 41. 2. §. 138. Anm. 2.

§. 159.

bb) Ein rechtmäßiger Erwerbgrund.

Der Beſitz muß auf einem Erwerbgrunde (iusta causa possessionis acquirendae) beruhen, welcher an ſich wohl geeignet wäre, das Eigenthum zu verſchaffen und nur wegen eines im beſondern Fall entgegenſtehenden Hinderniſſes den Eigenthumserwerb nicht ſofort zur Folge hatte [a]. Dieſen Erwerbgrund, den Uſucapionstitel, iustus titulus possessionis, hat der Erwerber im Fall der Beſtreitung nachzuweiſen. Jedoch wird auch in Ermangelung eines wahren oder gültigen Erwerbgrundes Erſitzung zugelaſſen, wenn nur die irrthümliche Annahme eines ſolchen (ſog. titulus putativus) durch beſondere Umſtände gerechtfertigt iſt [b]. Andrerſeits ſteht die irrthümliche Annahme eines wirklichen nicht vorhandenen Mangels in dem nachgewieſenen an ſich rechtmäßigen Erwerbe der Erſitzung nicht entgegen [c], es ſey denn, daß der Beſitzer das Daſeyn eines beſondern Erſitzungshinderniſſes (§. 162) irrig angenommen hätte [d].

Anm. [1] Ueber die Bedeutung des Titels bei der Erſitzung enthält lehrreiche Unterſuchungen: Stintzing, das Weſen von bona fides und titulus in der römiſchen Uſucapionslehre, Heidelb. 1853., die jedoch in dogmatiſcher wie in hiſtoriſcher Beziehung zum Theil weſentliche Berichtigung erhalten durch Scheurl's Beitr. II. S. 29...86. vgl. Arndts in d. krit. Ueberſchau II. S. 157. fg.

[2] Ueber das Erforderniß des iustus titulus vgl. vorzüglich: a) L. 27. D. h. t. (Ulp.) Celsus libro trigesimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse; nihil referre, emerit necne, donatum sit, necne, si modo emtum vel donatum sibi existimaverit; quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Idem et in litis aestimatione placet, ut,

[e] L. 4. D. pro emt. 41. 4. L. 26. D. de poss. 41. 2. cf. L. 26. D. h. t. 41. 3. [f] L. 30. §. 2. D. h. t.

[a] §. 11. J. h. t. L. 27. D. h. t. L. 3. Cod. pro don. 7. 27. L. 4. Cod. pro herede. 7. 29. L. 5. Cod. de praescript. 7. 33. L. 24. Cod. de rei vind. 3. 32. L. 1. pr. D. pro don. 41. 6. L. 6. D. pro derelicto. 41. 7. L. 1...3. D. pro leg. 41. 8. [b] L. 11. D. pro emt. 41. 4. L. 4. §. 2. L. 5. §. 1. D. pro suo. 41. 10. cf. L. 9. D. pro leg. 41. 8. L. 1. §. 1. 2. D. pro don. 41. 6. L. 2. §. 15. 16. D. pro emt. 41. 4. — L. 31. §. 6. D. h. t. 41. 3. [c] L. 2. §. 2. D. pro emt. 41. 4. L. 3. D. pro don. 41. 6. L. 25. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. 28. D. de nox. act. 9. 4. [d] L. 32. §. 1. D. h. t. 41. 3.

nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit. (not. a.) b) L. 11. D. pro emt. (African.) Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris habeat; nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur. L. 9. D. pro legato. (Hermogen.) Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est; sed et si non iure legatum relinquatur, vel legatum ademtum est, pro legato usucapi post magnas varietates obtinuit. L. 2. §. 15. D. pro emt. Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicemus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re, quam in existimatione; quodsi scias, pupillum esse, putes tamen, pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest. §. 16. Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit, usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio, et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis. (not. b.) Scheurl S. 73. fg. gegen Stintzing a. a. O. S. 87. fg. c) L. 2. §. 2. D. pro emt. Si sub conditione emtio facta sit, pendente conditione emtor usu non capit; idemque est et si putet conditionem extitisse, quae nondum extitit; similis est enim ei, qui putat se emisse. Contra si extitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem, usucapere eum. (cf. L. 9. §. 4. D. de iur. et facti ignor. 22. 5. „plus in re est, quam in existimatione mentis"). L. 25. D. 24. 1. Sed et si constante matrimonio res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est, confestim ad usucapionem eius uxorem admitti, quia et si (non) mortis causa donaverat *(donaretur?)* ei, non impediretur usucapio; nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit. Itaque licet (non?) mortis causa donatio interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intelligenda est in ea re, quae, quia aliena est, usucapi potest. (not. c.) Stintzing S. 73. fg. Scheurl S. 54. fg. d) L. 32. §. 1. D. h. t. (Pomp.) Si quis id quod possidet non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in iure erranti non procedat usucapio. Scheurl S. 60. fg. gegen Stintzing S. 83. fg.

[3] Die Usucapionstitel sind so mannichfaltig, als die Erwerbgründe des Eigenthums. L. 3. §. 21. D. de poss. 41. 2. cf. L. 13. pr. D. de Publ. act. 6. 2. Bei dem Erwerb durch Tradition werden sie nach den mögl[ichen] iustae causae traditionis unterschieden. Einzelne Arten sind unter andern:

a) pro soluto. L. 46. 48. D. h. t. 41. 3.; in den Vulgathandschriften als besondrer Titel (41. 4.) ausgeschieden, mit der Ueberschrift: „pro soluto." b) pro emtore. Dig. pro emtore. 41. 4. Cod. pro emtore vel pro transactione. 7. 26. Dabei Zahlung des Preises vorauszusetzen? L. 8. D. de Publ. act. 6. 2. Stintzing S. 110. fg. Scheurl S. 65. fg. c) pro herede.

Aelteres Recht: Gai. II. 52...58. Justinianisches Recht: Dig. pro herede vel pro possessore. 41. 5. Cod. de usucapione pro herede. 7. 29. L. 33. §. 1. D. h. t. 41. 3. L. 7. Cod. de pet. her. 3. 31. L. 4. Cod. in quib. caus. cess. l. t. p. 7. 34. Arndts im Rh. Mus. II. S. 125...148. Beitr. I. S. 75...108. Huschke in Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. 7. Schmid §. 14. not. 60...71. Stintzing S. 24. fg. Scheurl S. 46. fg. d) pro donato. Dig. pro donato. 41. 6. Cod. de usuc. pro donato. 7. 27. cf. L. 25. 44. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. Sav. IV. S. 110...116. 565...583. vgl. Anm. 2. c. e) pro derelicto. Dig. 41. 7. f) pro legato. Dig. 41. 8. g) pro dote. Dig. 41. 9. Cod. 7. 28. h) pro transactione. Cod. 7. 26. Endlich i) pro suo. D. 41. 10. Vgl. L. 1. pr. h. t. Pro suo possessio talis est: quum dominium nobis acquiri putamus, et ex ea causa possidemus, ex qua acquiritur, et praeterea pro suo; utputa ex causa emtionis et pro emtore et pro suo possideo etc., mit L. 2. eod. Est species possessionis, quae vocatur pro suo; hoc enim modo possidemus omnia, quae mari terra coelo capimus aut quae alluvione fluminum nostra fiunt. Item quae ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus, veluti partum hereditariae aut emtae ancillae pro nostro possidemus; similiter fructus rei emtae aut donatae aut quae in hereditate inventa est.

[4] Streitig ist, ob und in wiefern auch das rechtskräftige Urtheil über das Eigenthum einen Ersitzungsgrund abgebe? Dafür Donell. Comm. V. 14. §. 12. Arndts im civ. Arch. XIII 15. Vang. §. 320. Anm. 3. Schmid §. 14. not. 100. Dagegen Unterholzner §. 116. Danz in Linde's Ztschr. V. 19. Stephan im civ. Arch. XXXI. 10. Scheurl a. a. O. S. 82. fg. Pfeiffer im civ. Arch. XXXVII. S. 121. fg.

§. 160.

cc) Guter Glaube des Besitzers.

Der Besitzerwerber darf ferner überall keine Kenntniß derjenigen Hinderniße haben, welche der sonst möglich gewesenen Erwerbung des Eigenthums wirklich entgegenstanden [a]; er muß also, sofern er nicht etwa außerdem einen in der That nicht vorhandenen Mangel seines Erwerbes irrthümlich annahm [b], glauben, sofort das Eigenthum erworben zu haben [c]. Dieser gute Glaube, bona fides [1], wird nach römischem Recht nur bei der Besitzerwerbung [d], bei dem Erwerb durch Kauf zudem auch schon zur Zeit des Kaufvertrages [e], nach heutigem Recht [f] aber während der ganzen Ersitzungszeit erfordert [2]. Der

[a] L. 109. D. de V. S. L. 2. §. 1. 17. L. 7. §. 4. 5. D. pro emt. 41. 4. L. 12. 38. D. h. t. L. 27. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 13. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. [b] L. 2. §. 2. D. pro emt. (§. 159. not. c.) [c] L. 1. 3. 5. D. pro suo. 41. 10. [d] L. un. §. 3. Cod. de usucap. transform. 7. 31. L. 10. pr. L. 15. §. 3. L. 48. D. h. t. L. 7. §. 4. D. pro emt. 41. 4. [e] L. 2. pr. §. 13. D. pro emt. cf. L. 10. pr. L. 48. D. h. t. 41. 3. L. 7. §. 16. 17. D. de publ. act. 6. 2. [f] cap. 20. X. de praescript. 2. 26. (§. 109.).

gute Glaube kann in irriger Voraussetzung des Rechts derjenigen Person, von welcher man seinen Erwerb ableitet [g], oder auch in der Unkenntniß andrer Mängel des Erwerbakts bestehen [h]; er hilft nicht, wenn er die Ersitzungsfähigkeit der Sache betrifft [i]; er muß zudem in Ansehung des Gegenstandes bestimmt seyn [k]. Den guten Glauben muß der Ersitzende selbst haben, wenn auch der Besitz durch einen Stellvertreter erworben wird (§. 140); daher beginnt die Ersitzung nicht, bevor jener von der Besitzerwerbung Kunde erhalten hat. Nur wo Besitzerwerb durch den Stellvertreter ohne Willen des Repräsentirten stattfindet (§. 141), kommt es auf den guten Glauben des ersten an [l], doch zugleich auch auf den des letzten, wenn er willensfähig ist und von dem Erwerbe Kenntniß hat [m]. Der gute Glaube muß übrigens auf einem entschuldbaren Irrthum [m], darf also, der Regel nach [n], nicht auf einem Rechtsirrthum beruhen [1]. Den Beweis seines guten Glaubens hat nicht der Ersitzende zu führen [o]; der Gegner muß beweisen, daß jenem das Unrecht seines Erwerbes ursprünglich bekannt oder nur aus unentschuldbarem Irrthum unbekannt gewesen, oder, nach neuerem Recht, später bekannt geworden sey [5].

Anm. [1] Müllenthiel, über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung (oben §. 109. a. E.), hat durch treffliche Darstellung die Ansicht zur Geltung gebracht, daß die bona fides bei der Ersitzung als die positive Ueberzeugung, das Eigenthum erworben zu haben, aufzufassen und so als der eigentliche Grund der Ersitzung anzusehen (arg. L. 12. §. 8. D. de captiv. 49. 15. „ius bonae fidei emtoris vetustissimum"), nur als deren objective Grundlage ein Usucapionstitel nachzuweisen sey. Vgl. Sav. III. S. 371. fg. Diese Ansicht ist jedoch jetzt von Stintzing und Scheurl a. a. O. mit erheblichen Gründen in doppelter Beziehung angefochten, einmal in sofern als die bona fides wesentlich nur die Unkenntniß des materiellen Unrechts im Erwerbe voraussetzt (not. a.), sodann in sofern als auch ohne jenen Glauben die an sich dazu geeignete Erwerbart die Ersitzung zu begründen vermag (not. b.). Dagegen ist die historische Ausführung Stintzing's, daß ursprünglich bona fides des Erwerbers, wenn er nur nicht ein Furtum begangen, gar nicht erforderlich gewesen und auch das Erforderniß des Usucapionstitels erst von der Publiciana actio

[g] pr. J. h. t. 2. 6. Gai. II. 73. L. 27. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 2. §. 8. D. pro emt. L. 109. D. de V. S. cf. L. 6. pr. D. pro derel. 41. 7. [h] L. 13. §. 1. D. h. t. 41. 3. L. 2. §. 15. 6. L. 11. 15. D. pro emt. L. 7. §. 2 4. L. 13. §. 1. D. de publ. act. 6. 2. [i] L. 136. D. de R. J. (§. 162.). [k] L. 43. pr. D. h. t. 41. 3. L. 4. §. 1. D. pro emt. [l] L. 2. §. 10...13. L. 7. §. 8. D. pro emt. 41. 4. L. 8. pr. L. 43. §. 1. L. 47. D. h. t. [m] L. 44. in f. D. h. t. 41. 3. L. 5. §. 1. D. pro suo. 41. 10. [n] L. 31. pr. L. 32. §. 1. D. h. t. L. 4. D. de ignor. 22. 6. L. 7. §. 2. D. pro emt. 41. 4. L. 5. §. 1. D. pro suo. 41. 10. [o] L. 30. Cod. de evict. 8. 45.

(§. 270.) auf die Ersitzung übertragen worden sey, treffend widerlegt von Scheurl a. a. O.

[2] Nach R. R. gilt die Regel: mala fides superveniens non nocet; nach canon. Recht dagegen: oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae (§. 109. Anm.). Aber: mala fides auctoris non nocet. L. 5. pr. D. de div. temp. 44. 3. Vgl. jedoch §. 161. Anm. 3. §. 162. 2. c.

[3] L. 2. §. 13. D. pro emt. Si servus bona fide emerit peculiari nomine, ego, ubi primum cognovi, sciam alienam, processuram usucapionem Celsus ait, initium enim possessionis sine vitio fuisse. Sed si eo ipso tempore, quo emit, quanquam id bona fide faciat, ego alienam rem esse sciam, usu me non capturum. Scheurl Beitr. I. S. 226. fg. glaubt mit Donell. V. 17. §. 7., daß hiernach die Usucapion durch die bloße scientia domini, rem alienam esse, auch ohne Kenntniß vom Erwerbe, ausgeschlossen sey. Allein von demjenigen, welcher vom Besitzerwerbe gar nichts weiß, kann man nicht mit Donellus sagen: „coepit rem mala fide possidere.“ Jene scientia ist an sich so wenig mala fides, wie die ignorantia bona fides; sie wird dieß erst durch die Verbindung mit dem Erwerbwillen, der ohne Wissen nicht denkbar ist.

[4] L. 31. pr. D. h. t. Nunquam in usucapionibus iuris error possessori prodest. vgl. §. 159. Anm. 2. d. Sav. a. a. O. Daß es auf Entschuldbarkeit des Irrthums, wenigstens in dem Falle der not. g., nicht ankomme, behauptet Stintzing S. 66. vgl. S. 108. fg. Dagegen mit Recht Scheurl Beitr. II. S. 68. fg. Ob auch dem Minderjährigen der Rechtsirrthum schade? Puchta §. 57. not. o.; dagegen Sav. III. 481. Scheurl S. 74. arg. L. 11. Cod. de iur. et facti ignor. 1. 18.

[5] In der letzten Beziehung ist es gegründet, Unentschuldbarkeit der Fortdauer der Unkenntniß nicht zu beachten. Denn das canon. Recht legt nur, quoniam omne, quod non ex fide, peccatum est, der später eintretenden conscientia rei alienae die Wirkung bei, die Ersitzung zu unterbrechen; dieß paßt aber nicht, wenn auch nur aus Rechtsirrthum der Besitzer in gutem Glauben bleibt. Neuere Gesetzgebungen schließen wohl den canonischen Rechtssatz wieder völlig aus. Arndts in d. krit. Ueberschau I. S. 379.

§. 161.

dd) Dauer des Besitzes.

Der Besitz muß bei beweglichen Sachen drei Jahre dauern, bei unbeweglichen zehn oder zwanzig Jahre [a], je nachdem Besitzer und Eigenthümer in derselben Provinz (in demselben Obergerichtsbezirk) ihren Wohnsitz haben, d. i. inter praesentes, oder nicht, d. i. inter absentes [b]. Ist jenes während eines Theils der Ersitzungszeit der Fall, so ist nur für den übrigen Theil der zehn

[a] pr. J. h. t. [b] L. 12. Cod. de praescr. l. t. 7. 33.

Jahre das Doppelte zu rechnen [c]. Vollendet ist die Ersitzung mit dem Anfang des letzten Tages des gesetzlichen Zeitraums [d].

Der Ersitzende kann indessen, wenn er durch abgeleiteten Erwerb den Besitz erlangt hat, den Ersitzungsbesitz seines Vorgängers dem seinigen hinzurechnen [e], (d. i. accessio possessionis [1]), und so auch den der Vorgänger des letzten, den dieser sich zurechnen konnte [f], vorausgesetzt, daß der Besitz ohne Unterbrechung von dem einen auf den andern übergegangen [g] und bei dem Successor wie beim Auctor zur Ersitzung geeignet ist [h]. Auch wird, jedoch nach anderm Gesichtspunkt [2], eine Besitzzurechnung gestattet, wenn vermöge einer auflösenden Bedingung oder aus anderm Grunde ein Veräußerungsgeschäft rückgängig wird und so der Besitz an den Veräußerer zurückgelangt [i], desgleichen wenn der precario verliehene Besitz dem Verleihenden zurückgegeben ist [k]. Der Erbe aber, und gleich ihm ein andrer Universalsuccessor, tritt auch rücksichtlich der vom Erblasser bereits angefangenen und bis zum Tode fortgesetzten Ersitzung vollständig in dessen Stelle ein [l], so zwar [3], daß jene auch schon vor Antretung der Erbschaft vollendet werden kann [m], vorausgesetzt, daß nicht durch Zwischenbesitz eines Andern der Uebergang auf den Erben unterbrochen sey [n].

Anm. [1] Die accessio possessionis kam nach älterm Recht noch in einer andern Anwendung, bei dem interdictum utrubi, in Betracht, die im Justinianischen Recht weggefallen ist; Gai. IV. 151. §. 4. J. de interd. 4. 15. (§. 172.); worauf aber manche in diesem aufgenommene Stellen sich bezogen haben, L. 13. §. 1. 4. 5. D. de poss. 41. 2. L. 14. §. 3. D. de div. temp. 44. 3., die nun zum Theil keine praktische Bedeutung mehr haben. Dagegen fand sie nach älterm Rechte bei der Ersitzung nicht in gleichem Umfang wie nach Justinianischem Recht, und vielleicht in verschiedenem Umfang bei der usucapio und longi temporis praescriptio statt. §. 12. 13. J. h. t. L. un. Cod. cit. Denzinger, die accessio possessionis nach dem röm. und can. Rechte. Würzburg 1842. Vang. §. 322.

[2] Das Princip der accessio possessionis in den Fällen der ersten Art

[c] nov. 119. cap. 8. [d] L. 15. pr. D. de div. temp. 44. 3. L. 6. 7. D. h. t. 41. 3. (§. 89.). [e] Dig. de div. temp. pr. et de accessionibus possessionum. 44. 3. L. 13. D. de poss. 41. 2. — §. 13. J. h. t. L. 2. §. 16. 17. 20. D. pro emt. 41. 4. L. 11. Cod. de pr. l. t. 7. 33. L. un. §. 3. Cod. de usuc. transform. 7. 31. [f] L. 15. §. 1. D. h. t. 44. 3. [g] L. 15. §. 1. cit. L. 13. cit. §. 4. cf. L. 20. D. h. t 41. 3. [h] L. 13. cit. §. 13. L. un. Cod. cit. cf. L. 5. pr. D. 44. 3. [i] L. 6. §. 1. D. 44. 3. L. 13. §. 2. D. de poss. 41. 2. L. 19. D. h. t. 41. 3. cf. L. 7. §. 4. D. pro emt. 41. 4. [k] L. 13. §. 7. D. de poss. 41. 2. cf. L. 39. eod. [l] §. 12. J. h. t. L. 2. §. 18. 19. D. pro emt. 41. 4. L. 22. 44. §. 3. D. h. t. 41. 3. [m] L. 31. §. 5. L. 40. D. h. t. L. 6. §. 2. L. 7. pr. D. pro emt. 41. 4. L. 30. pr. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. cf. L. 13. §. 4. D. de poss. 41. 2. [n] L. 20. D. h. t. 41. 3. L. 6. §. 2. cit. in f.

(not. e...h.) iſt in L. 14. §. 1. D. de div. temp. ausgeſprochen: Plane tribuuntur (accessiones possessionum) his, qui in locum aliorum succedunt. Dies paßt nicht auf die Fälle in not. i. k. Die Beſtimmung in Betreff der precaria possessio (not. k.) mag urſprünglich auf das interdictum utrubi ſich bezogen haben, kann aber auch und muß daher im Juſtinianiſchen Recht auf die Erſitzung bezogen werden. Doch ſind andre der Meinung, daß es hier der accessio gar nicht bedürfe, vielmehr der Beſitz des Precariſten, eben ſo wie der des Pfandgläubigers (§. 158.), und, wenn man auch dieſen juriſtiſche corporis possessio beilegt, der des Emphyteuta und Superficiars, den Fortgang der Erſitzung des bisherigen Eigenthumsbeſitzers gar nicht ſtöre: arg. L. 15. §. 4. D. de prec. 43. 26.; Vang. §. 200. Anm. 1. vgl. Böcking Inſt. §. 123. not. 39. 41. Anders wird für den Fall entſchieden, wenn dem Sequeſter der juriſtiſche Beſitz übertragen iſt: L. 39. D. 41. 2. Interesse puto, qua mente apud sequestrem deponitur res. Nam si omittendae possessionis causa et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet; at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. cf. L. 17. §. 1. D. depos. 16. 3. Puchta §. 156. not. k. Ob nicht dennoch einem Dritten gegenüber zu Gunſten des Siegers die Zeit der Sequeſtration mitzurechnen ſey? Denzinger S. 112. Uebrigens vgl. noch L. 13. §. 9. D. de poss. Si iussu iudicis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit.

[8] L. 30. pr. D. 4. 6. Cum miles, qui usucapiebat, decesserit, et heres impleverit usucapionem, aequum est rescindi, quod postea usucaptum est, ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint, quia possessio defuncti quasi iuncta descendit ad heredem et plerumque nondum hereditate adita completur. L. 13. §. 4. D. 41. 2. Quaesitum est, si heres prius non possederat, an testatoris possessio ei accedat. Et quidem in emtoribus possessio interrumpitur, sed non idem in heredibus plerique probant, quoniam plenius est ius successionis quam emtionis, sed subtilius est, quod in emtorem et in heredem id quoque probari. Auf dieſe Stelle ſtützt ſich die Meinung, daß zur Vollendung der Erſitzung jedenfalls Beſitzerwerb des Erben nothwendig ſey, wenn auch die Zeit ſchon abgelaufen. Unterholzner I. §. 133. Dagegen L. 6. §. 2. D. 41. 4. „quamvis . . . heres possidere non coepisset, fiet tamen eius.“ L. 31. §. 5. D. h. t. Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit. Vang. §. 322.; zum Theil abweichend Puchta §. 156. not. l., indem er, wenn die Zeit beim Antritt der Erbſchaft noch nicht abgelaufen, Beſitzergreifung des Erben fordert, ſofern nicht die Sache in der Detention eines Repräſentanten iſt, arg. L. 30. §. 5. D. de poss., die jedoch dieſes nicht beweist, während L. 31. §. 5. cit. dagegen iſt. Ihering Abh. S. 251. fg. Scheurl Beitr. I. S. 91. fg. Auf bona fides des Erben kommt es nach R. R. nicht an, ſo wie umgekehrt ſeine bona fides nicht hilft, wenn der Beſitz des Erblaſſers nicht zur Erſitzung geeignet war. §. 12. J. h. t. L. 2. §. 19. D. pro emt. L. 11. D. de div. temp. L. 11. Cod. de poss. 7. 32. Nach heutigem Recht aber wird die noch unvollendete Erſitzung

durch die mala fides superveniens, wie des Erblassers selbst, so auch des Erben gehindert (§. 160.). — Uebrigens kommt auch dem Vermächtnißnehmer die accessio possessionis in demselben Maße zu Statten, wie dem Erben (in re legata, in accessione temporis, quo testator possedit, legatarius quodammodo heres est. L. 14. §. 1. D. h. t. 41. 3.), und auch des Erben Besitz bis zur Entrichtung des Vermächtnisses wird ihm zugerechnet. L. 13. §. 10. D. de poss. 41. 2.

§. 162.

ee) Ersitzungsfähigkeit der Sache.

Wenn auch alle bisher (§. 158—161.) angegebenen Erfordernisse vorhanden sind, so findet gleichwohl in vielen Fällen ordentliche Ersitzung nicht statt, weil manche Sachen durch besondere Rechtsvorschriften von derselben ausgenommen sind. Es sind nämlich:

1) Sachen gewisser Personen der ordentlichen Ersitzung entzogen, so daß diese nur, wenn und weil jene die Eigenthümer sind, nicht stattfindet, also auch wieder zulässig wird, sobald die Sachen aufhören, Eigenthum solcher Personen zu seyn [a]. Dahin gehören a) Sachen des Staates [b], res fiscales, b) des Regenten [c], res dominicae, c) der Städte [d], d) der Minderjährigen [e], e) unbewegliche Sachen [f] der Kirchen und milden Stiftungen [l].

2) Gewisse Sachen sind aus objectiven Gründen, ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit der Eigenthümer, von der ordentlichen Ersitzung ausgenommen, nämlich:

a) entwendete bewegliche Sachen, res furtivae [2], nach Bestimmung der zwölf Tafeln und der Lex Atinia [g]. Dieses Hinderniß der Ersitzung wird aufgehoben (vitium rei purgatur), sobald die gestohlene Sache in die Gewalt des Eigenthümers [3] zurückgekommen ist [h]; daher entsteht es nicht, wenn der Eigenthümer selbst die Sache entwendet hat [i]; b) gewaltthätig in Besitz genommene Sachen (und zwar unbewegliche, denn bewegliche sind in diesem Fall ohnehin als res furtivae [k] der Usucapion entzogen), res vi

[a] L. 24. §. 1. D. h. t. 41. 3. [b] L. 18. 24. §. 1. D. h. t. §. 9. J. h. t. [c] Cod. ne rei dominicae vindicatio temporis praescriptione summoveatur. 7. 38. [d] L. 2. Cod. l. c. L. 12. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. L. 9. D. h. t. [e] L. 3. Cod. quib. non obiic. 7. 35. L. 5. Cod. in quib. caus. nec. 2. 41. cf. L. un. Cod. si adv. usucap. 2. 36. [f] nov. 111. cap. 1. nov. 131. cap. 6. cap. 8. X. de praescript. 2. 26. [g] §. 2...7. J. h. t. L. 4. §. 6...21. D. h. t. cf. L. 35. eod. L. 68...70. D. de furtis. 47. 2. — L. 1. Cod. de serv. fugit. 6. 1. [h] L. 4. §. 6...14. D h. t. §. 8. J. h. t. [i] L. 4. §. 21. D. h. t. L. 5. D. pro emt. 41. 4. L. 20. §. 1. D. de furtis. 47. 2. cf. L. 6. Cod. de usucap. pro emt. 7. 26. L. 49. D. h. t. [k] L. 1. D. vi bon. rapt. 47. 8.

possessae, nach der Lex Julia und Plautia [l], ebenfalls so lange, als nicht dieselben in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekommen sind [m]; c) Sachen, namentlich unbewegliche (denn bewegliche sind auch in diesem Falle res furtivae [n]), welche von einem Besitzer in bösem Glauben, ohne Wissen des Eigenthümers, oder ohne daß dieser sein Eigenthum kennt, veräußert worden sind [o], so lange, bis der Eigenthümer Kenntniß von der Veräußerung und seinem Recht an der Sache erhalten hat; d) Sachen, welche ein Beamter seiner Amtspflicht und gesetzlichem Verbot zuwider als Geschenk oder unter einem andern Rechtstitel erhalten hat; auch dieses Hinderniß wird dadurch beseitigt, daß die Sache in die Gewalt des Eigenthümers zurückkommt [p]; e) Sachen, deren Veräußerung als gesetzlich verbotene nichtig ist [q], insofern dieses Verbot geradezu übertreten oder die Zulassung der Ersitzung selbst als indirecte Veräußerung gegen das Verbot zu betrachten ist [r]; f) streitige Grenzen, insofern nämlich bei dem Grenzstreite die Behauptung des Eigenthums an einem streitigen Grenzstück nicht durch zehn- oder zwanzigjährigen Besitz begründet werden kann [s].

Außerdem ist bei gewissen Sachen die Ersitzung einstweilen ausgeschlossen, insofern sie gegen Personen wirken würde, die ihr Recht an denselben geltend zu machen zur Zeit rechtlich verhindert sind; so bei Dotalsachen, insofern deren Eigenthum durch Auflösung der Ehe oder Vermögensverfall des Mannes von selbst an die Frau fällt [t]; bei den in Gebäude oder Weinberge verwendeten Sachen, so lange sie nicht wieder davon getrennt sind [u].

Anm. [l] Irrthümlich dehnte Vang. §. 317. dieß auf bewegliche Sachen aus, verleitet durch einen fehlerhaften Text: *triennalem* statt *tricennalem* in cap. 4. X. de praescript. 2. 26. „nam Romana ecclesia tricennalem praescriptionem contra ecclesiam non admittit;" er hat in der 6. Aufl. den Fehler selbst berichtigt. — Streitig ist die Bestimmung unter c), in Betreff der Sachen der Städte, besonders wegen L. 15. §. 27. D. de damno infecto. 39. 2. Pauli sentt. V. 2. §. 4. Vgl. Unterholzner I. §. 45. 48. Schmid §. 14. not. 9. — Sehr streitig ist auch die Bestimmung unter d), die Sachen

[l] L. 4. §. 22...26. 28. L. 33. §. 2. D. h. t. [m] §. 8. J. h. t. L. 86. D. de furtis. 47. 2. L. 6. D. vi bon. rapt. 47. 8. L. 5. Cod. l. c. cf. L. 6. §. 3. D. de precario. 43. 26. [n] §. 3. 4. J. h. t. [o] nov. 119. cap. 7. [p] L. 8. D. ad leg. Jul. repetund. 48. 11. L. 48. pr. D. de acquir. dom. 41. 1. [q] L. 28. pr. D. de V. S. L. 12. §. 4. cf. L. 9. §. 5. D. de Publ. act. 6. 2. Vgl. L. 12. D. h. t. L. 7. §. 5. D. pro emt. 41. 4. [r] L. 6. Cod. fin. reg. 3. 39. [s] L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. [t] L. 23. §. 7. D. de rei vind. 6. 1. (§. 152. not. h. cf. §. 138. Anm. 2.)

der Minderjährigen betreffend. Nach älterm Recht unterlagen selbst Sachen der Unmündigen der Usucapion, L. 2. D. de eo qui pro tut. 27. 5., aber es war dagegen Restitution möglich. L. un.[a] Cod. si adv. usucap. 2. 36. L. 4. §. 24. D. de doli mali exc. 44. 4. Bei der longi temporis praescriptio dagegen wurde die Zeit der Minderjährigkeit des Eigenthümers gar nicht eingerechnet. L. 3. Cod. 7. 35. Non est incognitum, id temporis, quod in minore aetate transmissum est, longi temporis praescriptioni non imputari; ea enim tunc currere incipit, quando ad maiorem aetatem dominus rei pervenerit. Einige halten nun die ältere Regel der usucapio für jede ordentliche Ersitzung nach Justinianischem Recht fest, z. B. Vang. §. 317. Andere unterscheiden zwischen der Ersitzung beweglicher und unbeweglicher Sachen, z. B. Puchta §. 158. not. f. vgl. oben §. 157. Wieder Andere, z. B. Mühlenbruch §. 261. not. 7. Unterholzner I. §. 35., auch Puchta Inst. II. §. 239. not. l., stimmen mit uns überein. Entscheidend für diese Ansicht ist L. 5. Cod. 2. 41. (Justinianus): Sancimus favore imperfectae aetatis exceptionem non numeratae pecuniae ab initio minoribus non currere, ne, dum in integrum restitutionem exspectamus, aliquod emergat obstaculum, per quod huiusmodi beneficio minor uti non possit, vel (al. *ne*) substantia eius subvertatur. Sed humanius est, latius eandem legis interpretationem extendere, in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum restitutionem autem eis subveniebant, eas ipso iure non currere. Melius etenim est intacta eorum iura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere: videlicet exceptionibus triginta vel quadraginta annorum in suo statu remanentibus (a. 531.); eine Verordnung, welche ausdehnend zu erklären (vgl. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. „temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem vel viginta annorum curricula . . . introducta") ihre Ratio uns berechtigt, und weder L. 2. noch L. un. Cod. und L. 4. §. 24. citt. und noch weniger L. 4. §. 11. D. h. t. L. 7. §. 3. D. pro emtore. 41. 4. L. 33. D. de furtis. 47. 2. uns abhalten können. Arndts in Linde's Ztschr. XX. 11., womit übereinstimmt Schmid §. 14. not. 10. Stephan im civ. Arch. XXXIV. 16. Uebrigens ist die zweite Ansicht (Puchta §. 158.) dem Ersitzenden nicht günstiger als diese, da die Restitution gegen die vollendete Ersitzung doch nicht versagt werden könnte, die Restitutionsfrist aber nicht kürzer ist, als die Ersitzungszeit beweglicher Sachen. — Nicht entscheidend ist L. 48. pr. D. de acquir. dom. 41. 1. (§. 146. Anm. 2.), wo die Verfasser der Basiliken gelesen haben: *si populi sit* statt *si pupilli sit*. Arndts a. a. O. S. 391. not. 1. Stephan S. 369.

[2] In wie fern auch die Erzeugnisse der gestohlenen Sache res furtivae seyen? s. L. 4. §. 19. L. 10. §. 2. L. 33. pr. D. h. t. L. 48. §. 5. 6. D. de furtis. 47. 2. cf. L. 4. §. 15. D. h. t.; die specificirte Sache? L. 4. §. 20. D. h. t. (§. 155.)

[3] L. 4. §. 6. D. h. t. Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem eius, cui surrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in eius

utique, cui surreptum est. Igitur creditori surrepta, et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet. Man bemerke darüber:

a) die Sache iſt in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekehrt, wenn dieſer den Beſitz derſelben erlangt hat, und zwar in einer Weiſe, daß ihm derſelbe nicht durch ein Rechtsmittel wieder entriſſen werden kann, und die Sache als die ſeinige ihm entwendete erkennend, L. 4. §. 12. D. h. t. L. 22. D. de poss. 41. 2. L. 86. D. de furt. 47. 2.; aber auch, wenn er nur in die Lage verſetzt iſt, die Sache durch die Eigenthumsklage wieder erlangen zu können, L. 215. D. de V. S., mag er dieß auch unterlaſſen oder ſogar abſichtlich dem Entwender ſelbſt oder einem Andern die Sache überlaſſen. L. 4. §. 13. 14. L. 32. pr. D. h. t. Auch wenn der Entwender aus anderm Grunde Eigenthümer der Sache wird, iſt das vitium rei beſeitigt. L. 42. in f. D. h. t. Uebrigens kann der Eigenthümer auch durch einen Stellvertreter die Sache wieder in ſeine Gewalt bekommen; dann muß er aber, wenn ihm die Entwendung bekannt war, auch von der Wiedererlangung Kenntniß erhalten. L. 4. §. 8...11. L. 41. D. h. t. cf. L. 56. §. 2. 4. D. de furt. 47. 2. Streitig jedoch der Fall in L. 4. §. 7. D. h. t. Labeo quoque ait, si res peculiaris servi mei surrepta sit me ignorante, deinde eam nactus sit, videri in potestatem meam rediisse; commodius dicitur, etiamsi sciero, rediise eam in meam potestatem. Nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit (Vulg. *perdidi*), ignorante me servus apprehendat, si modo in peculio eam esse volui; nam si nolui, tunc exigendum est, ut ego facultatem eius nactus sim. Huſchke emendirt hier nämlich: *officit* anſtatt *sufficit*. Linde's Ztſchr. n. F. II. S. 137. fg. Dagegen Bang. §. 317. S. 666.

b) Streitig iſt, ob nicht ungeachtet der L. 4. §. 6. cit. doch auch die Rückkehr in die Gewalt des Beſtohlenen, der nicht Eigenthümer iſt, genüge? Einige behaupten dieſes, wenn der Beſtohlene Eigenthumsbeſitzer war, arg. L. 6. §. 3. D. de precario: „eum, qui vi alterum deiecit . . . si ab eodem emisset, incipere etiam pro emtore posse dominium capere.“ Mühlenbruch §. 261. not. 14. Schmid §. 14. not. 29. (aber dieſe Stelle ſagt nur, daß hier usucapio pro emtore möglich ſey, was unbedenklich zuzugeben iſt, wenn nur der nicht deſicirte Eigenthümer vindicandae rei potestatem habet, wie ja bei unbeweglichen Sachen regelmäßig der Fall ſeyn wird); Andere auch, wenn der Beſtohlene ein Pfandgläubiger oder Uſufructuar ſey, vorausgeſetzt, daß deren Verhältniß zur Sache noch fortdauere, Unterholzner §. 68. Bang. §. 317. S. 517.; aber im Widerſpruch mit L. 4. §. 6. cit., die willkürlich beſchränkend erklärt wird, und inconſequent, wenn man nicht daſſelbe auch beim Commodatar und Miether annehmen will, die auch Beſtohlene ſeyn können. L. 12. D. de furtis. 47. 2. Die richtige Meinung hat Puchta §. 158. not. i. und jetzt auch Bang. 6. Aufl. I. S. 668. fg. Eine Ausnahme jedoch enthält L. 49. D. h. t. Si quid est surreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Paulus: Imo, forsitan et contra; nam si id, quod mihi pignori dederis, surripueris, erit ea res furtiva facta; sed simul atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit. Sie iſt von dem Fall zu verſtehen, wenn der Verpfänder und Entwender nicht der Eigenthümer war.

Puchta not. l. Huſchke in der Ztſchr. f. geſch. Rtsw. XIV. S. 257. fg. Bang. a. a. O.

c) Den Stellen in not. i. würde L. 49. cit. widerſprechen, wenn nicht die eben angedeutete Erklärung angenommen wird. Eben ſo iſt der ſcheinbare Widerſpruch der L. 6. Cod. 7. 26. zu erklären: Cum sit probatum, rem pignori fuisse obligatam et postea a debitore distractam, palam est non potuisse eam quasi furtivam usucapi: welche Andere mera subtilitate dadurch zu erklären ſuchen, daß hier nicht von einem reverti in potestatem domini die Rede ſeyn könne. Mühlenbruch §. 261. not. 14. Huſchke und Bang. a. a. O.

[4] L. 28. D. de V. S. Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Einzelne Fälle ſind: a) Dotalgrundſtücke. L. 16. cf. L. 5. 6. D. de fundo dot. 23. 5. L. 42. D. h. t. b) vermachte Sachen, welche der Erbe, des Vermächtniſſes bewußt, veräußert. L. 3. §. 3. Cod. comm. de legat. 6. 43. c) Sachen, die zu den bona adventitia der Kinder gehören, deren Veräußerung dem Vater unterſagt iſt. L. 1. in f. Cod. de bon. mat. 6. 60. L. 4. in f. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. L. 1. §. 2. Cod. de ann. exc. 7. 40. Nach Endigung der väterlichen Gewalt fällt dies Hinderniß weg, jedoch ſoll in Anſehung der vom Vater wirklich veräußerten Sachen auch von da an nur dreißigjährige Verjährung eintreten, nach nov. 22. cap. 24., die freilich zunächſt nur von gewiſſen Sachen ſpricht, aber füglich auf alle ausgedehnt werden kann. Puchta §. 158. not. t. Dagegen Bang. §. 317. S. 665. d) Sachen Bevormundeter, die nicht ohne obervormundſchaftliches Decret veräußert werden können, arg. L. 3. §. 5. D. de reb. eor. 26. 9., und in ſoweit denn jedenfalls Sachen Unmündiger und Minderjähriger, ſelbſt wenn man den Satz unter 1. d. (vgl. Anm. 1.) nicht annimmt. e) res litigiosae, §. 113. Anm. 4. h), wenn der Kläger den Rechtsſtreit nicht hat liegen laſſen. L. 1. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. A. M. Bang. §. 317. a. E.

§. 163.

II) Unterbrechung und Stillſtand der Erſitzung.

Die Erſitzung wird unterbrochen durch Unterbrechung des Beſitzes, usurpatio [1], die von ſelbſt auch eintritt, wenn die Sache eigenthumsunfähig wird (§. 138.), nicht auch, wenn der Interdictenbeſitz an einen Pfandgläubiger übergeht (§. 158.); ſodann nach heutigem Recht durch ſpäter eintretenden böſen Glauben des Beſitzers (§. 160.). Die Erhebung der Eigenthumsklage gegen den Beſitzer unterbricht zwar nicht geradezu die Erſitzung, hat jedoch, ſofern dieſer im Rechtsſtreite unterliegt, die Folge, daß die ſpäter vollendete Erſitzung gegenüber dem Kläger und denjenigen, die in deſſen Stelle eintreten, nichts fruchtet [2]. Von der Unterbrechung iſt auch hier der Stillſtand der Verjährung zu unterſcheiden (§. 110.)

Ein ſolcher tritt ein, wenn nach Beginn der Erſitzung die Sache in das Eigenthum einer Perſon, gegen welche die ordentliche Erſitzung nicht ſtattfindet (§. 162. Nr. 1.), übergegangen oder in eine Lage gekommen iſt, wodurch die Anſtellung der Eigenthumsklage von Seiten des Eigenthümers einſtweilen rechtlich verhindert wird (§. 110. not. c. §. 162. not. t. und Anm. 4. c.). Auch bewirken gewiſſe factiſche Hinderniſſe der Eigenthumsklage (§. 110. not. d.) einen Stillſtand ſowohl der Erſitzung wie der Klagenverjährung.

Anm. [1] L. 2. D. h. t. Usurpatio est usucapionis interruptio. L. 5. eod. Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deiicitur vel alicui res eripitur; quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes; nec eo casu quidquam interest, is qui usurpaverit dominus sit nec ne; ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat an ex lucrativa causa. cf. L. 15. pr. §. 2. D. eod. L. 5. in f. D. pro don. 41. 6. — Die abgedruckte Stelle iſt erſt in neueſter Zeit befriedigend erklärt von Huſchke, in Linde's Ztſchr. n. F. II. S. 141...150., durch die Nachweiſung, daß es nach älterm Recht, wenigſtens in Beziehung auf unbewegliche Sachen, auch eine, nur relativ wirkſame, civilis usurpatio durch ſymboliſche Handlung gab (Abbrechen eines Zweiges: Cic. de Orat. III. 28. §. 110.).

[2] Fragm. Vat. §. 12. Usucapio frustra complebitur anticipata lite. L. 17...21. D. de rei vind. 6. 1. L. 2. §. 21. D. pro emt. 41. 4. (§. 113. Anm. 4. c.). Für die usucapio des ältern Rechts iſt unſer Satz unzweifelhaft, ſehr beſtritten aber, ob und wie fern er noch im Juſtinianiſchen Recht gelte? Bei der l. t. pr. nämlich, welche zunächſt nur als Einrede wirkte, wurde vorausgeſetzt, daß ſie ſchon zur Zeit der Litisconteſtatio, ja zur Zeit der Mittheilung der Klage begründet ſey, um der Eigenthumsklage wirkſam entgegenzutreten. L. 1. 2. 10. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. L. 4. Cod. quib. non obiic. 7. 35. L. 26. Cod. de rei vind. 3. 32. L. 2. Cod. ubi in rem. 3. 19. Nach Verſchiedenheit der Meinungen (§. 157. Anm. 6.) ſoll nun entweder a) die Regel der usucapio ausſchließlich gelten, Bang. §. 160. 323. Sav. VI. S. 55...60., oder b) umgekehrt die Regel der l. t. pr., Schmid §. 14. not. 192., oder c) zwiſchen der Erſitzung beweglicher und unbeweglicher Sachen zu unterſcheiden ſeyn, Wening-Ingenheim §. 137. Allein auch bei der l. t. pr. kann doch jedenfalls die Unterbrechung durch den Rechtsſtreit nur relativ, zu Gunſten des Klägers, wirken, Unterholzner §. 125. Wening a. a. O.; es beruht auf eitler Buchſtabeninterpretation und führt zu höchſt unangemeſſenen Ergebniſſen, wenn man mit Schmid not. 193. das Gegentheil behauptet. Daher iſt, zumal bei der Unveräußerlichkeit der res litigiosa, der Unterſchied im praktiſchen Erfolg kaum nennenswerth. Aber die zuletzt angeführten Stellen können auch ſehr wohl ſo verſtanden werden, daß anticipata lite die longi temporis praescriptio ſo wenig wie die von Juſtinian ſogenannte temporalis exceptio per usucapionem inducta gegen den klagenden Eigenthümer noch etwas helfen könne, und iſt in

dieſem Sinne die Abweichung der l. t. pr. von der usucapio, ſo weit eine ſolche beſtand, im Juſtinianiſchen Recht als beſeitigt anzuſehen. Puchta §. 160. not. f. vgl. Kierulff I. S. 283. — Ueber den Zeitpunkt dieſer Unterbrechung ſ. §. 113. Anm. 5. Der von Juſtinian in L. 2. Cod. de ann. exc. 7. 40. für gewiſſe Fälle eingeführten Verwahrung iſt keine andere Wirkung beizulegen, als dem wirklichen Beginn des Rechtsſtreits. Puchta not. e. Dagegen behauptet jedoch wiederum Stephan im civ. Arch. XXXIV. 8., in Uebereinſtimmung mit der Gloſſe, daß durch L. 2. Cod. cit. ſtillſchweigend auch bezüglich der dreijährigen Erſitzung beweglicher Sachen die in die Pandecten noch aufgenommene Regel des ältern Rechts aufgehoben und direkte Unterbrechung durch Inſinuation der Klage anerkannt ſey; denn wenn eine bloße Proteſtation genügen ſolle ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii sive longi temporis sive triginta vel quadraginta annorum sit, wo dieß wegen Abweſenheit des Gegners nicht durch Einleitung des Prozeſſes zu bewirken war, ſo ſey nothwendig vorauszuſetzen, daß im andern Fall die letzte eben dieſe Wirkung haben müſſe.

§. 164.

β) Außerordentliche Erſitzung.

Die außerordentliche Erſitzung wird vollendet durch ununterbrochenen dreißig- oder vierzigjährigen Eigenthumsbeſitz, vorausgeſetzt, nach römiſchem Rechte, daß der Beſitzer in gutem Glauben zu beſitzen angefangen habe, nach canoniſchem Rechte, daß er auch während der Verjährungszeit nicht in böſen Glauben verſetzt worden ſey [1]. Den guten Glauben hat auch hier nicht der Beſitzer zu beweiſen, aber er braucht auch nicht einmal durch Nachweiſung eines rechtmäßigen Erwerbgrundes denſelben zu begründen [2]. Die übrigen Vorausſetzungen dieſer Erſitzung beſtimmen ſich lediglich nach den Erforderniſſen der Verjährung der Eigenthumsklage [3]. Sofern nur dieſe vorhanden ſind, können auch die der ordentlichen Erſitzung nach §. 162 entzogenen Sachen durch außerordentliche Erſitzung erworben werden [4].

Anm. [1] Vgl. L. 8. §. 1. Cod. de praescript. 30. vel 40. ann. 7. 39. (§. 157. Anm. 3.) mit cap. 20. X. de praescript. 2. 26. (§. 160. Anm. 2.) Streitig: ob hier auch der unentſchuldbare Irrthum, alſo auch der Rechtsirrthum nicht ſchade? Sav. III. S. 371. not. b. Dagegen Bang. §. 325. Scheurl Beitr. II. S. 80.

[2] Das Gegentheil behauptet mit andern wieder Herrmann in Linde's Ztſchr. n. F. IV. S. 374. fg. gegen die von jeher mit Recht herrſchende Meinung. Vgl. cap. 15. C. 16. qu. 3.

[3] Fritz in Linde's Ztſchr. III. 23. „Sind die Erforderniſſe der ſog. außerord. Eigenthumserſitzung nach den Regeln zu beſtimmen, die von der ord.

Erſitzung gelten, oder nach denjenigen, die von der Klagenverjährung gelten?“ gegen Unterholzner §. 177. 178.; vgl. oben §. 107...110.

[4] In Betreff der res furtivae hat Zweifel dagegen erregt die PGO. Art. 209. „Und kann an ſolcher geſtohlener oder geraubter Habe durch einige Länge der Zeit keine Gewehr erſeſſen werden.“ Die herrſchende Meinung hat aber dieſen Satz ſtets nur auf die ordentliche Erſitzung bezogen. Unterholzner I. §. 60. A. M. Göſchen §. 263. — Eine andre Frage iſt, ob auch res publicae der außerordentlichen Erſitzung unterliegen? Schmidt in der Ztſchr. f. geſch. Rtsw. XV. S. 66. ſagt: „Niemand nimmt die res publicae von der außerordentlichen Erſitzung aus.“ Aber vgl. Göſchen §. 254. not. 1. 3. Puchta §. 158. not. a. Böcking Pand. II. §. 16. 17.

IV. Schutz des Eigenthums und des Eigenthumsbeſitzes [a].

§. 165.

A. Eigenthumsklagen.

Zum Schutze des Eigenthums dienen zwei verſchiedene Klagen, rei vindicatio und negatoria actio. Die erſte, die man vorzugsweiſe unter der Eigenthumsklage zu verſtehen pflegt, findet gegen ſolche Anmaßungen ſtatt, wodurch dem Eigenthümer die Ausübung des Eigenthums im Ganzen entzogen wird, durch Vorenthaltung des Beſitzes nämlich. Die andere bezweckt die Abwehr partieller Eingriffe in das Eigenthumsrecht, Geltendmachung der Freiheit des Eigenthums gegen anmaßliche Beſchränkung deſſelben. Uebrigens kann das Eigenthum nach Umſtänden auch durch Einrede, exceptio dominii, geſchützt werden, wenn nämlich gegen den Eigenthümer durch Klage ein Anſpruch verfolgt wird, welcher ſeinem Eigenthumsrecht widerſtreitet.

1) Rei vindicatio [a].

§. 166.

a) Vorausſetzungen der Rei Vindicatio [1].

Der Grund der R. V. iſt das Eigenthum, ihre Veranlaſſung iſt die Vorenthaltung des Beſitzes. Sie ſteht daher dem nicht beſitzenden Eigenthümer zu [2] gegen den Beſitzer [b], dieſer mag in fremdem oder in eigenem Namen beſitzen [c], welcher jedoch im erſten Fall durch Nennung desjenigen, in deſſen Namen er beſitzt (laudatio oder nominatio auctoris), der Klage entgeht [d]. Demnach

[a] X. de causa proprietatis et possessionis. 2. 12. Clem. 2. 3.

[b] Dig. de rei vindicatione. 6. 1. Cod. 3. 32. [b] §. 2. J. de act. 4. 6. L. 1. §. 6. D. uti poss. 43. 17. [c] L. 9. D. h. t. [d] L. 2. Cod. ubi in rem actio exerceri debeat. 3. 19.

liegt dem Kläger der Beweis ob [3], daß er Eigenthümer sey [e], daß der Beklagte sich im Besitze befinde [f]; er kann jedoch, wenn er das letzte gegen den abläugnenden Beklagten bewiesen hat, sofort Uebertragung des Besitzes erlangen und so den Beweis des Eigenthums sich ersparen [g]. Gegen den Nichtbesitzenden kann als fingirten Besitzer die Klage mit Erfolg angestellt werden, wenn er entweder a) trüglicher Weise auf den Rechtsstreit sich eingelassen hat, als ob er besitze, si liti se obtulit [h], oder b) mit rechtswidrigem Vorsatz des Besitzes sich entäußert hat, si dolo malo possidere desiit [i], nicht auch, wenn er ohne Dolus zu besitzen aufgehört hat [k]. Gegenstand der Klage kann eine bestimmte einzelne Sache seyn [l], oder ein intellectueller Theil derselben [m], bei Grundstücken auch ein reeller Theil, locus regionibus divisus [n], oder auch eine Sachgesammtheit, z. B. eine Heerde, als Ganzes [o]. Ist eine bewegliche Sache, ohne Eigenthumsänderung (§. 152.), mit einer andern Sache körperlich verbunden, so muß deren Vindication, wo möglich (§. 131. a. E.), durch Klage auf Trennung (actio ad exhibendum) vorbereitet werden [p].

Anm. [1] Die neueste ausführliche Erörterung der Lehre von der rei vindicatio enthält Schmid Hdb. §. 15. S. 268...352. Vgl. Wetzell, der römische Vindicationsproceß, Leipzig 1845., eine rechtsgeschichtliche Untersuchung, womit zu vgl. Schirmer's zu §. 93. Anm. 1. angeführte Abhandl. Siehe auch oben §. 129. Anm. 1.

[2] §. 2. in f. J. de act. . . . In controversiis rerum corporalium . . . is agit, qui non possidet, ei vero qui possidet non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. *Sane uno casu, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet*, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. Ueber diesen viel gesuchten unus casus, dabei insbesondere über die Zulässigkeit der Eigenthumsklage des juristischen Besitzers gegen den in seinem Namen detinirenden Inhaber der Sache, vgl. Fritz in Linde's Ztschr. n. F. I. 2. Dagegen wieder Zimmermann daselbst XI. 8., welcher den unus casus durch Bezugnahme auf das Verhältniß des fictus possessor (§. 167. not. l.) herauskünstelt.

[3] Der Beweis des Eigenthums wird geführt durch den Beweis der Erwerbung,

[e] L. 23. pr. D. h. t. L. 28. Cod. h. t. [f] L. 36. pr. D. h. t. cf. L. 27. §. 1. eod. [g] L. 80. D. h. t. [h] L. 25...27. pr. D. h. t. cf. L. 13. §. 13. L. 45. D. de her. pet. 5. 3. [i] L. 27. §. 3. L. 36. pr. D. h. t. cf. L. 20. §. 6. L. 25. §. 8. D. de her. pet. 5. 3. L. 131. L. 157. §. 1. D. de R. J. — L. 3. §. 5. L. 4. pr. §. 1. D. de alienat. iud. mut. 4. 7. [k] L. 27. §. 1. D. h. t. cf. L. 1. Cod. de reb. alien. 4. 51. L. 23. D. de reb. cred. 12. 1. [l] L. 1. §. 1. L. 6. D. h. t. cf. L. 49. §. 1. eod. [m] L. 3. §. 2. L. 5. pr. L. 6. L. 76. §. 1. D. h. t. [n] L. 8. D. h. t. [o] L. 1. §. 3. .. L. 4. pr. D. h. t. [p] L. 23. §. 5. D. h. t. L. 6. D. ad exhib. 10. 4. cf. L. 56. D. h. t.

vorbehaltlich des Gegenbeweises spätern Verlustes (§. 114. not. k. l.). Bei abgeleiteter Erwerbung gehört zur Vollständigkeit jenes Beweises auch der Beweis des Eigenthums des Rechtsurhebers, L. 20. pr. D. de acquir. dom. 41. 1., so daß also auf eine ursprüngliche Erwerbart, Ersitzung oder eine andere, zurückzugehen ist. Vgl. Unterholzner im civ. Arch. VII. 13. Falkenstein das. X. 11. gegen Thibaut das. VI. 15. — Ueber den Beweis des Miteigenthums: Arndts im Rh. Mus. III. 12. — Ueber die Zeit, in welcher des Klägers Eigenthum bestehen muß, s. §. 113. Anm. 4. a. c. und Anm. 5. — Vindication widerruflichen Eigenthums: L. 41. pr. L. 66. D. h. t. L. 29. D. de m. c. don. 39. 6.

§. 167.

b) Erfolg der Rei Vindicatio.

Ziel der Eigenthumsklage ist, daß nicht nur des Klägers Recht anerkannt, sondern auch die demselben zugefügte Verletzung aufgehoben werde. Dem siegenden Kläger ist daher vor Allem die Sache selbst herauszugeben [a]. Ist der Beklagte dazu außer Stande, aus einem Grunde, für den er verantwortlich ist, so hat er dem Kläger dafür Ersatz zu leisten (id quod eius interest). Verantwortlich aber ist jeder Beklagte für seinen Dolus (quia dolo malo possidere desiit), für seine Culpa vom Beginn des Rechtsstreites an; der Besitzer in bösem Glauben haftet von da an selbst für den Zufall, sofern der Schaden im Fall früherer Herausgabe den Kläger nicht betroffen hätte; und zwar kann der Betrag des Schadensersatzes, falls dem Beklagten dolus oder lata culpa zur Last fällt, durch Schätzungseid des Klägers bestimmt werden [b]. Nach denselben Unterscheidungen ist auch die Ersatzpflicht des Beklagten zu bestimmen, wenn er die Sache nur in verschlechtertem Zustande zu restituiren vermag [c], nur mit dem Zusatz, daß in diesem Fall der Besitzer in bösem Glauben zugleich wegen der vor dem Rechtsstreit begangenen Culpa zum Ersatz verurtheilt wird [d]. Außerdem gebührt dem Kläger in gleichem Maße auch Erstattung alles desjenigen (omnis causa), was zu der Hauptsache hinzugekommen oder durch deren Besitz gewonnen worden ist oder was er jetzt haben würde, wenn ihm dieselbe nicht widerrechtlich vorenthalten worden wäre [e]. Die Früchte insbesondere hat der Besitzer in bösem Glauben alle zu erstatten,

[a] L. 10...13. L. 68. D. h. t. §. 2. J. de off. iud. 4. 17. [b] L. 15. §. 3. L. 16. 21. 22. 36. §. 1. L. 63. 68. L. 71. D. h. t. L. 21. Cod. h. t. cf. L. 40. pr. D. de her. pet. 5. 3. — L. 62. pr. D. h. t. [c] L. 13...15. cf. L. 60. D. h. t. L. 27. §. 2. eod. [d] L. 36. §. 3. D. de her. pet. 5. 3. L. 45. D. h. t. [e] L. 17. §. 1. L. 20. L. 34. 62. D. h. t. cf. L. 75. 81. 246. §. 1. D. de V. S.

bezogene und versäumte, der Besitzer in gutem Glauben aber nur die nicht vor Beginn des Rechtsstreites consumirten, und seitdem alle, auch die durch seine Schuld versäumten [f], vorausgesetzt, daß nicht ein Anderer, als der Kläger, für die fragliche Zeit auf die Früchte Anspruch hatte [g]. Rücksichtlich dieser Leistungen kann denn auch der Rechtsstreit noch fortgesetzt werden, wenn gleich während desselben der Beklagte, selbst ohne seine Schuld, den Besitz der Sache verloren hat [h]. Derjenige, welcher lite se obtulit, haftet, als ob er zur Zeit der Litiscontestatio die Sache wirklich besessen hätte und nun durch seine Schuld dieselbe zu restituiren außer Stande wäre [i]. Wird dem Kläger anstatt der Sache deren Werth erstattet (litis aestimatio), so ist dieses als Verkauf derselben zu betrachten [k], ausgenommen, wenn der Beklagte dazu verurtheilt worden ist, quia liti se obtulit oder dolo malo possidere desiit, in welchen Fällen dem Kläger die Vindication gegen dritte Besitzer unverkümmert bleibt [l]; hat aber derselbe schon vor dem Urtheil die Sache selbst anderweitig wieder erhalten, so kann er auf Ersatz ihres dermaligen Werthes keinen Anspruch mehr machen [m].

Anm. [f] Ueber die Anwendung des Schätzungseides vgl. §. 115. Anm. 2., über die Hauptregel für die Bestimmung der Ersatzverbindlichkeit §. 113. Anm. 4. b. vgl. mit Anm. 5.; insbesondere L. 40. pr. D. de her. pet. (Paulus): Illud quoque, quod in oratione Divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas, interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia aut iumenta aut pecora deperierint? Damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor distrahere ea. Et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet, Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius; nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere. L. 15. §. 3. D. h. t. (Ulp.): Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum, plerique aiunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari; nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus. L. 16. pr. eod. (Paul.) Utique autem etiam mortuo homine necessaria est sententia propter fructus et partus et stipulationem de evictione; non enim post

[f] §. 2. J. l. c. §. 35. J. de rer. div. 2. 1. L. 33. 62. D. h. t. L. 22. Cod. h. t. L. 2. Cod. de fruct. 7. 51. [g] L. 33. in f. L. 35. pr. D. h. t. [h] L. 16. pr. D. h. t. [i] §. 166. not. d. [k] L. 1. 3. D. pro emt. 41. 4. L. 46. 47. D. h. t. [l] L. 7. D. h. t. L. 69. 70. eod. L. 13. §. 14. D. de her. pet. 5. 3. L. 95. §. 9. D. de solut. 46. 3. [m] L. 13. §. 14. cit.

litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet. L. 62. pr. eod. (Papin.) Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area, quae locari solent ..... quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet. Vgl. L. 14. §. 1. D. depos. 16. 3. L. 14, §. 11. D. quod. met. 4. 2., und über die verschiedenen Erklärungen Arndts im Rtslex. V. S. 224. Wetzell a. a. O. S. 175. fg. Sav. VI. S. 177...197. Schmid §. 15. not. 101...103. — Ueber den Ersatz der Früchte, insbesondere der fructus percipiendi, Sav. VI. §. 265...267. Schmid not. 108...110. Bang. §. 333.

[2] Die fingirten Besitzer betreffend sagt L. 131. D. de R. J.: Dolus pro possessione est; L. 157. §. 1. eod.: Semper qui dolo fecit, quominus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet; und L. 13. §. 14. D. de her. pet.: Omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri. Aber L. 45. D. eod.? Qui se liti obtulit, quum rem non possideret, condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus. Et qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur; *aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.* Vgl. Schmid S. 281. fg.; über die Meinung, daß die Leistung der litis aestimatio auch demjenigen, qui dolo possidere desiit, Anspruch auf die Sache selbst gebe, daf. S. 283...285. Bang. §. 332. Anm. 3.

[3] Wirkung der rei vindicatio gegen den Erben: L. 42. D. h. t. Si in rem actum sit, quamvis heres possessoris, si non possideat, absolvatur, tamen si quid ex persona defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem veniet. L. 51. eod. Si in rem actum sit et in heredem possessoris iudicium datum sit, culpa quoque et dolus malus heredis in hoc iudicium venit. cf. L. 52. 55. eod. (§. 104. Anm. 2.)

§. 168.

c) Beschränkung des Erfolgs durch Ansprüche des Beklagten.

Der Erfolg der R. V. kann durch Rechtsansprüche des Beklagten, welche für diesen eine Exceptio begründen, ganz oder gewissermaßen ausgeschlossen werden. So hat 1) jeder Beklagte, mit Ausnahme des Diebes [a], Anspruch auf Ersatz der von ihm auf die Sache (nicht donandi animo) gemachten nothwendigen Verwendungen (impensae necessariae), der Besitzer in gutem Glauben auch der nützlichen (impensae utiles), den er durch doli exceptio geltend machen kann, während wegen der letzten der Besitzer in bösem Glauben, wegen aller andern Verwendungen (impensae voluptariae) jeder Beklagte nur das Recht hat, das Product derselben, so weit es mit Vortheil für ihn und ohne Schaden für den

[a] L. 13. D. de cond. furt. 13. 1. L. 1. Cod. de infant. expos. 8. 52.

Gegner geſchehen kann, wegzunehmen, ius tollendi [b]. Erſatz des Preiſes dagegen, für welchen er die Sache erworben, kann der Beklagte regelmäßig [c] nicht fordern [d], ſofern er nicht unter den Geſichtspunkt einer zu erſtattenden Verwendung für die Sache fällt [e]. Verwendungen auf Erzielung von zu reſtituirenden Früchten aber mindern von ſelbſt den Betrag der letzten [f], jedoch, ſofern der Beklagte für verſäumte Früchte haftet, nur ſo weit ſie nicht durch Schuld des Beklagten das erforderliche Maß überſchreiten [g]. Andrerſeits kann dem redlichen Beſitzer gegenüber der Werth der von dieſem gewonnenen Früchte, die er nicht zu erſetzen braucht, von dem ihm gebührenden Erſatz für Verwendungen auf die Sache ſelbſt in Abrechnung gebracht werden [h]. 2) Eine Einrede des Beklagten kann ſich auch auf ein demſelben zuſtehendes dingliches Recht gründen, kraft deſſen er die Sache herauszugeben nicht ſchuldig ſey, z. B. auf ein Pfandrecht oder das Recht des Nießbrauchs, desgleichen 3) auf ein obligatoriſches Verhältniß zum Kläger, kraft deſſen dieſer ihm die Sache zu laſſen verpflichtet ſey. Eine Einrede der letzten Art iſt die exceptio rei venditae et traditae [i].

Anm. Was die letztgenannte Einrede betrifft, ſo iſt ſie 1) buchſtäblich, obwohl auch hier doli exceptio anſtatt derſelben zuläſſig iſt, in folgenden Fällen anwendbar: a) wenn der Kläger als Nichteigenthümer dem Beklagten verkauft und trabirt hat, nachher aber Eigenthümer geworden iſt. L. 1. pr. L. 2. D. h. t. 21. 3. L. 17. D. de evict. 21. 2. L. 72. D. de rei vind. 6. 1. b) wenn er, oder in ſeinem Auftrag ein Anderer, unter einer ſtillſchweigenden oder ausdrücklichen Bedingung verkauft und trabirt hat, und er nun vor deren Entſcheidung vindicirt. L. 1. §. 2. D. h. t. 21. 3. cf. L. 7. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. c) wenn er als Pfandgläubiger oder im Auftrage eines Andern unwiſſend ſeine eigene Sache verkauft und trabirt hatte. L. 10. D. de distr. pign. 20. 6. L. 49. D. mand. 17. 1. (§. 145. Anm. 2.) d) wenn er Erbe des verkaufenden Nichteigenthümers geworden iſt. L. 1. §. 1. D. h. t. 21. 3. L. 73. D. de evict. 21. 2. L. 14. Cod. de rei vind. 3. 32. L. 14. Cod. de evict. 8. 45. 2) Verwandte Fälle, in welchen aus gleichem Grunde doli oder in factum exceptio, wenn gleich nicht exceptio rei venditae et traditae, ſtattfindet, ſind: a) wenn der Kläger als Eigenthümer die Sache verkauft, nicht trabirt hatte, der Beklagte aber auf andere Weiſe, ſine vitio, den Beſitz erlangt hat. L. 1. §. 5. D. h. t. 21. 3. b) wenn er

[b] L. 27. §. 5. .. L. 30. L. 37. 38. D. h. t. L. 5. 16. Cod. h. t. §. 30...34. J. de rer. div. 2. 1. cf. L. 79. D. de V. S. Dig. de impensis in res dotales factis. 25. 1. (§. 92. Anm. 2. §. 101. not. l. §. 152. Anm 4.) [c] cf. L. 14. 16. Cod. de praed. min. 5. 71. [d] L. 3. 23. Cod. h. t. L. 2. Cod. de furt. 6. 2. [e] arg. L. 6. §. 8. D. de negot. gest. 3. 5. [f] L. 46. D. de usur. 22. 1. [g] L. 1. Cod. de fruct. 7. 51. (§. 167.). [h] L. 48. 65. D. h. t. [i] Dig. de exceptione rei venditae et traditae. 21. 3.

zum Verkauf der Sache den Auftrag ertheilt, nachher aber die Uebergabe derſelben ohne rechtlichen Grund nicht hat geſtatten wollen (exceptio *si non auctor meus ex voluntate tua vendidit*). L. 16. D. de Publ. act. 6. 2. cf. L. 1. §. 2. 3. D. h. t. L. 7. §. 6. D. pro emt. 41. 4. c) wenn der Kläger dem Beklagten für die Sicherheit ſeines Erwerbes, wegen Evictionsleiſtung, ſich verbürgt hatte. L. 11. Cod. de evict. 8. 45. cf. L. 31. Cod. eod. d) wenn der Geber die vor Eingehung der Ehe übergebenen Dotalſachen vor Auflöſung des Verlöbniſſes vindicirt. L. 7. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. — Dieſe in den Quellen vorkommenden Fälle ſind nicht erſchöpfend; insbeſondere kann auch aus andern Veräußerungsgeſchäften eine gleiche Einrede hervorgehen, nach dem im §. angegebenen Princip. Ungenau die Regel: *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.* Vgl. §. 334. — Wirkſamkeit der Einrede gegen die Succeſſoren, beziehungsweiſe zum Vortheil derſelben. L. 2. 3. D. h. t. — Gebrauch derſelben als replicatio gegen die exceptio dominii: L. 2. D. h. t. L. 72. D. de rei vind. 6. 1. L. 4. §. 32. D. de doli mali exc. 44. 4. — Ausſchließung derſelben durch replicatio: L. 1. §. 5. D. h. t. L. 7. §. 6. D. pro emt. 41. 4. L. 32. §. 2. D. ad Sc. Vell. 16. 1. — Vgl. überhaupt, insbeſondere auch in rechtsgeſchichtlicher Beziehung: Michelsen, de exceptione rei venditae et traditae. Berol. 1824. Wiebeking, über die Exceptio rei venditae et traditae nach älterm und neuerm R. Rt. München 1847.

§. 169.

2) Negatoria in rem actio [a].

Zum Schutze gegen Eingriffe in das Eigenthum, welche dem Eigenthümer zwar nicht die Herrſchaft über die Sache ganz entziehen, aber, wenn rechtlich begründet, eine Beſchränkung des Eigenthums, nach ſeiner poſitiven oder negativen Seite, enthalten würden [b], iſt dem Eigenthümer eine eigene Klage gegeben, negatoria oder negativa in rem actio, ſo genannt, weil ſich darin die Negation eines Rechts des Beklagten ausſpricht [c]. Ihr Grund iſt, wie der der Rei Vindicatio, das Eigenthum, als das Recht vollkommener und ausſchließlicher Herrſchaft über die Sache; dieſes, und zunächſt nur dieſes, hat daher der Kläger zur Begründung der Klage zu beweiſen [d]. Ihre Veranlaſſung iſt eine anmaßliche Beſchränkung des Eigenthums, wozu aber hier auch ſchon die Behauptung eines das Eigenthum beſchränkenden Rechts genügt [e]. Ihr

[a] Dig. si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur. 7. 6. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. 8. 5. [b] L. 8. §. 5. L. 11. 13. 14. §. 1. L. 17. D. si serv. vind. L. 2. D. de arb. caed. 43. 27. L. 6. §. 2. D. arb. furtim caes. 47. 7. cf. L. 8. §. 5. D. si serv. vind. [c] §. 2. J. de act. 4. 6. L. 2. pr. D. si serv. vind. L. 5. pr. D. si ususfr. pet. [d] L. 5. pr. cit. cf. L. 7. D. de aqua. 43. 20. L. 10. Cod. de pign. act. 4. 24. [e] L. 5. §. 6. D. si ususfr. pet. cf. L. 6. §. 1. D. si serv. vind. L. 14. pr. eod.

Zweck ist zunächst Anerkennung der Freiheit des Eigenthums und demzufolge Unterlassung der Störung, nach Umständen auch Sicherheitsleistung gegen deren Wiederkehr (sog. cautio de non amplius turbando), Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes und Ersatz für die erlittene Verletzung [f].

Anm. [1] Den Gegensatz der negatoria bildet die confessoria in rem actio, die zur Geltendmachung von Servituten dient (not. a. c.). Einige behaupten jedoch, die Klage sowohl des Eigenthümers als des Servitutberechtigten heiße bald confessoria bald negatoria actio, je nachdem jener entweder eine negative oder eine affirmative Servitut abwehre, dieser entweder eine affirmative oder eine negative Servitut geltend mache: arg. §. 2. J. 4. 6. und Theophil. ad h. l. Dagegen Bang. §. 353. Anm. 1. Schmidt (von Amenau), in d. Ztschr. für gesch. Rtsw. XV. S. 159...161. Eine besondere prohibitoria actio des Eigenthümers hat jetzt in byzantinischen Rechtsquellen entdeckt Zachariä, Zeitschr. f. gesch. Rtsw. XII. 8.; diese unterschied sich aber nur durch eine anders abgefaßte Formula von der negatoria actio *(si paret, ius Aulo Agerio esse prohibendi Numerium Negidium uti frui* u. dgl., anstatt: *si paret, ius Numerio Negidio non esse, uti frui invito Aulo Agerio)*; materiell war und ist sie nicht verschieden von dieser. Schmidt a. a. O. S. 165...169. Stephan das. XIV. 8.

[2] Streitig ist, ob die negatoria actio gegen jeden partiellen Eingriff ins Eigenthum zulässig sey? (jetzt die herrschende Meinung, Bang. §. 353. Schmid Hdb. §. 17. S. 370.) oder nur gegen einen solchen, zu welchem das Recht als Servitut bestehen könnte? (Fritz Erläutr. S. 366. Schmidt a. a. O. S. 170...175.) Vgl. not. b. Der Streit ist praktisch unerheblich.

[3] Bestritten ist auch der Satz (not. e.), daß eine thätliche Störung zur Anstellung der negatoria nicht erforderlich sey, Schmid §. 17. not. 7., aber ohne Grund und dem praktischen Bedürfniß zuwider. arg. L. 14. pr. cit. „tigna ... si nova *velis* immittere, a me prohiberi." L. 5. §. 6. cit. Sicut fructuario in rem confessoria agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur. Sed in omnibus ita demum, si non sit possessor, qui agit, nam et possessori competunt; quod si possident, nihil fructuum nomine consequentur. Uebrigens kann gegen denjenigen, der im Besitze einer persönlichen Servitut sich befindet und daher die Sache detinirt, auch die rei vindicatio angestellt, und so, in Folge der Einrede des Beklagten, derselbe Erfolg wie durch die negatoria actio des Eigenthümers herbeigeführt werden. L. 7. pr. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. (§. 168. num. 3.)

[4] Eine der streitigsten Fragen ist die, ob der Beklagte das Daseyn oder der Kläger das Nichtdaseyn der Servitut beweisen müsse? a) die herrschende Meinung s. not. d. Vgl. Puchta §. 172. not. d. und im Rh. Mus. I. S. 165. fg. Bang. §. 353. Anm. 2. Schmid S. 373. fg. b) die entgegengesetzte: der

[f] L. 5. §. 6. cit. L. 4. §. 2. L. 9. pr. L. 12. 14. pr. D. si serv. vind. L. 8. Cod. de servitut. 3. 34.

Kläger habe immer das Nichtdaſeyn des gegneriſchen Rechts zu beweiſen, neuerdings vertheidigt von Pape, in Linde's Ztſchr. XVI. 6. c) der Kläger habe dieſen Beweis dann zu führen, und nur dann, wenn der Gegner im Beſitze der Servitut ſey, vertheidigt von Seuffert §. 183. Erörtr. II. S. 73. fg. Abh. S. 93. fg., Fritz Erläutr. S. 369. fg. u. a. d) die grundloſeſte Meinung: es komme darauf an, ob der Beklagte ſchon im Beſitzſtreite über die Servitut geſiegt habe, Glück X. S. 254. fg. Die Praxis ſchwankt noch, beſonders zwiſchen a und c. Seuffert Arch. I. 17. 18. 409. II. 142. — Hauptſtellen: *a*) L. 5. pr. D. si ususfr. pet. Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest, quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet. (Gewiß unrichtig interpungirt Böcking Pand. II. §. 2.: *„proprietatem utendi fruendi, ius sep. etc.*) Nec enim potest ei suus fundus servire; de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videatur, quam alieno, quum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi. Quodsi forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habeat, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant. *β*) L. 8. §. 3. D. si serv. vind. Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi deberi ait; si vero non sunt immissa, eum, qui negat. *γ*) L. 15. D. de op. novi nunt. 39. 1. Si, priusquam aedificatum esset, ageretur, ius vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere iuberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, ius sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, quum quis ageret, ius sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adversarium iuberet, nec opus novum se facturum nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare necesse haberet; id enim esse, petitoris partes sustinere. — Ueber die letzte Stelle vgl. noch eine beſondere Meinung von Löhr Mag. III. S. 511. fg., dagegen Bang. (6. Aufl.). S. 881.

§. 170.

B. Schutz des Erſitzungsbeſitzes.

Publiciana in rem actio [a].

Wer nach begonnener aber vor vollendeter Erſitzung den Beſitz der Sache verliert, kann der Eigenthumsklage ſich nicht bedienen, aber es iſt ihm eine dieſer nachgebildete dingliche Klage (utilis rei

[a] Dig. de Publiciana in rem actione. 6. 2.

vindicatio) gegeben [b], die großentheils denſelben Zweck erfüllt. Dieß iſt die Publiciana in rem actio. Sie gründet ſich darauf, daß er den zur ordentlichen Erſitzung geeigneten Beſitz der erſitzungsfähigen Sache erworben hatte [c], worauf ſich auch der dem Kläger obliegende Beweis beſchränkt. Sie iſt aber erfolglos gegen den Beklagten, welcher mit beſſerem Recht, insbeſondere als Eigenthümer, geſchützt durch die exceptio dominii [d], oder nur mit gleichem Recht [e], beſitzt. Sonſt ſteht ſie in Beziehung auf Gegenſtand, Veranlaſſung, Beklagten und Wirkung der Eigenthumsklage gleich [f]. Auch als Negatoria iſt die Publicianiſche Klage anwendbar.

Anm. [1] L. 1. pr. D. h. t. Ait praetor: *Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.* cf. L. 7. §. 11. eod. Praetor ait: *qui bona fide emit.* Die Formula der Klage bei Gai. l. c. *Iudex esto. Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur eius ex iure Quiritium esse oporteret (oportere paret?)*, et reliqua. Vgl. §. 4. J. 4. 6 . . . „inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse." §. 3. ibid. „diceret se quasi usucepisse, quod non usuceperit." — Das Edict lautete beſchränkt auf Erwerb durch Tradition; aber die Klage wurde auch auf andere Erwerbfälle ausgedehnt. L. 1. §. 2. L. 2. 7. pr. L. 13. pr. D. h. t. Sofern nun eine Erwerbart des Eigenthums Beſitzerwerb nicht erfordert, iſt conſequent auch zur Begründung der Publiciana actio derſelbe nicht für erforderlich zu halten. arg. L. 1. §. 2. L. 11. §. 2. L. 12. §. 1. L. 15. D. h. t. cf. L. 7. §. 16. eod. Schmid §. 16. not. 21. 22. Bang. §. 335. (S. 756.) — Ueber die Beziehung der Publiciana zur Uſucapio vgl. noch L. 7. §. 2. D. h. t. Marcellus . . . scribit, eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere. Ergo et Publicianam habebit. Damit ſcheinbar im Widerſpruch L. 2. §. 16. D. pro emt. 41. 4. „nec Publiciana competit" (§. 160. Anm.); man kann hinzudenken: „adversus furiosum"; jedenfalls geht L. 7. §. 2. vor, nach §. 13. a. E.

[2] Fraglich, ob fortdauernde bona fides erforderlich ſey? a) nach R. R.? L. 7. §. 11...17. D. h. t. vgl. L. 11. §. 3. eod. Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit sed donata ignoranti mihi, et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut Julianus ait, si modo eo tempore, *quo experiar*, furtivam matrem ignorem. Zu leſen mit Cuiacius: *„quo et pariat"*? b) nach heutigem Rt? (§. 159.) Schmid §. 16. not. 17. 18.; dagegen Bang. §. 335. (S. 759.)

[b] §. 4. J. de action. 4. 6. L. 7. §. 6. D. h. t. cf. Gai. IV. 36. [c] L. 1. pr. et sqq. D. h. t. [d] L. 16. 17. D. h. t. cf. L. 72. D. de rei vind. 6. 1. L. 2. D. de exc. rei vind. 21. 3. L. 4. §. 32. D de doli mali exc. 44. 4. L. 49. in f. D. mandati. 17. 1. — L. 24. D. de exc. rei iud. 44. 2. L. 28. D. de nox. act. 9. 4. [e] L. 9. §. 4. D. h. t. cf. L. 31. §. 2. D. act. emti. 19. 1. [f] L. 7. §. 6. 8. D. h. t.

[a] Ueber das Verhältniß mehrerer bonae fidei possessores (not. e.): L. 9. §. 4. h. t. (Ulp.) Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit? Et Julianus . . . scripsit: ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est, quodsi a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis: quae sententia vera est. Dagegen L. 31. §. 2. cit. (Nerat.) Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emtio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. Si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est. Vgl. Bang. §. 335. a. E. Schmid S. 364. fg.

C. Schutz des Eigenthumsbesitzes überhaupt.

§. 171.

Zum Schutze des Eigenthumsbesitzes überhaupt, und so denn auch zum Schutze des abgeleiteten juristischen Besitzes, sind eigene prätorische Rechtsmittel gegeben, interdicta retinendae und recuperandae possessionis [a]. Die ersten, bezweckend die Erhaltung des gegenwärtigen Besitzes gegen Anfechtung eines Andern, dienen vorzüglich dazu, eine Entscheidung des Streites darüber, wer gegenwärtig besitze, herbeizuführen [b]; sie sind insofern der Eigenthumsklage zu vergleichen, welche eine Entscheidung über das Eigenthum (de proprietate), wie jene über den Besitz (de possessione) bezweckt, und sie dienen (als sog. Possessorium) zur Vorbereitung des Streites über das Eigenthum (Petitorium) sofern bei diesem die Parteirolle von dem Besitze abhängt [1]; doch sind sie auch anwendbar, um solche Störungen abzuwehren, welche zwar nicht den Bestand des Besitzes schlechthin anfechten, aber doch denselben theilweise durch anmaßliche Beschränkung der Verfügung über die Sache beeinträchtigen [c], in ähnlicher Weise, wie durch die negatoria actio das Recht zu solcher Beschränkung bekämpft wird [2]. Die interdicta recuperandae possessionis dagegen sind wesentlich nur auf Erfüllung der durch die widerrechtliche Besitzentziehung entstandenen Restitutionspflicht gerichtet, die unter den Gesichtspunkt einer obligatio ex delicto fällt; zum Schutze des bestehenden

[a] §. 4...6. J. de interdictis. 4. 15. [b] L. 1. §. 2. 3. D. uti possid. 43. 17. §. 4. J. l. c. cf. Gai. IV. 148. L. 35. D. de poss. 41. 2. [c] L. 1. pr. §. 4. L. 3. §. 4...7. D. uti possid. L. 52. §. 1. D. de poss. 41. 2. L. 8. §. 5. in f. D. si serv. vind. 8. 5. cf. L. 11. D. de vi. 43. 16.

Beſitzes dienen ſie nur etwa mittelbar, dadurch, daß ſie überhaupt ſtattfinden, dürfen jedoch des Zuſammenhangs und dieſer ihrer Beſtimmung wegen ſchon an dieſem Orte zugleich mit abgehandelt werden [3].

Anm. [1] L. 1. §. 2. 3. D. uti possid. Huius autem interdicti *(uti possidetis)* proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. §. 3. Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est; ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc, si res soli sit, de cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur. Vgl. not. b. Eine abweichende Theorie über das Weſen der interdicta retinendae possessionis wird aufgeſtellt von Savigny Rt des Beſitzes §. 37...39. vgl. §. 6. und 12 a., wornach auch dieſe weſentlich als Klagen ex maleficio zu denken und daher ins Obligationenrecht zu ſtellen wären, indem der angegebene Hauptfall ihrer Anwendung durch die Fiction einer zu befürchtenden Gewaltthätigkeit erklärt wird. Vgl. dagegen Bang. §. 336. Puchta Vorleſ. §. 133. Mühlenbruch §. 239. not. 10.; auch Rudorff in der Ztſchr. für geſch. Rtsw. XI. S. 334. und Schmidt Interdictenverfahren S. 187., welche letztere nur der Einführung der duplex forma interdicti jenen Zweck unterlegen: arg. L. 1. §. 26. D. de aqua quot. 43. 20.

[2] Beſtritten wurde dieſe Anwendung der genannten Interdicte von Bang. (5. Aufl.) §. 336. S. 605., welcher dieſelben nur gegen denjenigen anwendbar hielt, der ſelbſt auch Beſitzer (der Sache) ſeyn will. Vgl. dagegen not. c., insbeſondere L. 1. pr. D. 43. 17. *Uti* . . . possidetis, quominus *ita* possideatis, vim fieri veto. L. 8. §. 5. D. 8. 5. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur *qualiter velit* suo uti. Savigny a. a. O. S. 478. Puchta Inſt. II. S. 534. fg. Bruns Rt des Beſitzes S. 47. fg. und jetzt auch Bang. 6. Aufl. S. 776. vgl. Seuffert's Arch. V. 172. Zu weit geht freilich Thibaut im civ. Arch. XVIII. S. 321., der das interdictum uti possidetis für anwendbar hält, wenn „in der Nacht Spectacu-lanten in das Haus bringen, darin herumſchreien, an die Thüren klopfen, die Thüren aufreißen“ u. ſ. w. Vgl. jedoch Schmidt a. a. O. S. 51. 152.

[3] Nicht hieher gehören die interdicta adipiscendae possessionis, die nur in Bezug auf beſtimmte Rechtsverhältniſſe ſtattfinden. §. 3. J. l. c.

§. 172.

1) Interdicta retinendae possessionis.

Zum Schutze des gegenwärtigen Beſitzes gibt es zwei Interdicte mit beſondern Namen [1], das interdictum uti possidetis

für unbewegliche [a], das interdictum utrubi für bewegliche Sachen [b], nach Juſtinianiſchem Recht übrigens nicht mehr verſchieden [c]. Veranlaſſung derſelben iſt eine Anfechtung des Beſitzes, dieſe beſtehe nun bloß in Beſtreitung des Beſitzes oder in thätlicher Störung deſſelben [d]. Ihr Zweck iſt: Anerkennung des Beſitzes, Schadenserſatz wegen der vergangenen Störung, Unterlaſſung künftiger Störung [e], wofür nach Umſtänden Sicherheit zu leiſten iſt (cautio de non amplius turbando). Aber dieſe Interdicte ſind duplicia interdicta [f]; der Kläger kann eben ſo wohl verurtheilt werden wie der Beklagte, indem beide Parteien gleichmäßig als Kläger und Beklagte zu behandeln ſind (§. 99.). Den Sieg gewinnt diejenige Partei, welche gegenwärtig den juriſtiſchen Beſitz hat, vorausgeſetzt, daß ſie ihn nicht unrechtlicher Weiſe (vi, clam oder precario, §. 136.) gerade der Gegenpartei entzogen hat [g]; iſt dieſes der Fall, ſo nützt ihr der gegenwärtige Beſitz nicht, und ſo kann der gegenwärtig nicht beſitzende Kläger, eben ſo wohl wie der nicht beſitzende Beklagte, durch dieſen Rechtſtreit auch den Beſitz wieder erlangen [1], den die Gegenpartei auf fehlerhafte Weiſe von ihm erhalten hat [h]. Der Anſpruch auf Schadenserſatz verjährt übrigens durch Ablauf eines utilis annus (§. 90.) von Zeit der begangenen Beſitzſtörung an [3], ſofern nicht der Gegner noch jetzt Vortheil davon hat [i].

Anm. [1] Vgl. a) L. 1. pr. D. h. t. 43. 17. Ait praetor: *uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. De cloacis hoc interdictum non dabo; neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.* cf. Fest. v. possessio: *uti possidetis eum fundum;* auch: *uti possidetis eum locum,* arg. L. 3. §. 6. D. uti possid. L. 60. D. de V. S. b) L. 1. pr. D. utrubi. 43. 31. Praetor ait: *Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.* §. 1. Hoc interdictum de possessione rerum mobilium locum habet; sed obtinuit, vim eius exaequatam fuisse *uti possidetis* interdicto, quod de rerum soli competit, ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi nec clam nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet. Vgl. überhaupt Sav. a. a. O. Bruns a. a. O. §. 6. Schmitt a. a. O. S. 49. fg. S. 69.

[a] Dig. uti possidetis. 43. 17. Cod. 8. 6. [b] Dig. utrubi. 43. 31. [c] §. 4. in f. J. l. c. L. 1. §. 1. D. l. c. cf. Gai. IV. 150...152. [d] §. 171. not b. c. [e] L. 1. pr. §. 1. L. 3. §. 11. D. uti possid. 43. 17. cf. L. un. Cod. h. t. [f] §. 7. J. l. c. L. 3. §. 1. D. l. c. L. 2. pr. D. de interd. 43. 1. [g] L. 1. pr. §. 9. L. 2. 3. pr. D. uti possid. L. 53. D. de poss. 41. 2. [h] L. 3. pr. cit. L. 1. §. 1. D. utrubi. §. 4. J. l. c. cf. Gai. IV. 166...168. [i] L. 1. pr. D. uti poss. L. 4. D. de interd. 43. 1.

[3] Dieß wird noch von Sav. S. 483. 491. nicht angenommen, indem er nur dem Beklagten eine exceptio vitiosae possessionis gibt, die aber dann doch selbst eine Berurtheilung des fehlerhaft besitzenden Klägers bewirken soll. So auch Sint. §. 46. not. 19. Seuffert §. 412. not. 17. Vgl. dagegen Vang. §. 336. Puchta §. 133. Keller in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XI. 9. Brms S. 57. fg. In den Quellen ist von einer Exceptio in dieser Beziehung keine Rede, und konnte nicht wohl davon die Rede seyn, weil das Edict ausdrücklich nur in so weit Schutz versprach, uti nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis. — Die letzte Bemerkung bedarf einer Berichtigung, indem allerdings auch einmal, wenn gleich nur beim Quasibesitz, die Berufung auf die Fehlerhaftigkeit des gegnerischen Besitzes als exceptio bezeichnet wird. L. 1. §. 11. D. de itin. 43. 19. cf. L. 15. §. 4. 5. D. quod si. Schmidt a. a. O. S. 101. fg. Dieser Schriftsteller bestreitet aber zudem auch S. 112. fg. vgl. S. 183. fg. mit sehr scheinbaren aus dem Wesen des alten Interdictverfahrens hergenommenen Gründen die oben behauptete Wirkung der Duplicität des Interdicts, selbst auch die von Savigny angenommene einseitige zu Gunsten des nicht besitzenden Beklagten: „aus den duplicia interdicta folgen nehmlich keine duplicia iudicia, sondern einfache actiones.“ S. 184. not. 6. Nach dieser Ansicht aber würde die Duplicität der Interdicte im Justinianischen Rechte gar keinen Sinn mehr haben, da nun ein Interdictum im alten Sinn überall nicht mehr vorkommt und nur noch von Klagen wegen Verletzung des in der Interdictsformel allgemein ausgesprochenen Verbots der Besitzstörung die Rede seyn kann; es hätte also keinen Sinn, wenn §. 5. J. de interd. sagt: „par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet, gerade so wie nach L. 2. §. 1. D. comm. div. in den iudiciis divisoriis „par causa omnium videtur.“ Und das praktische Ergebniß dieser Ansicht ist höchst unbefriedigend. Ist nehmlich der Besitz streitig zwischen A und B, und es ergibt sich in Folge der Besitzklage des ersten, daß A zwar besitze, aber fehlerhaft, so wird B lediglich absolvirt; es wird dadurch ein ewiger Krieg des B gegen A gewissermaßen sanctionirt, und B, um diesem ein Ende zu machen, genöthigt, nun erst das interdictum recuperandae possessionis anzustellen, obwohl schon fest steht, daß dessen Voraussetzungen vorhanden sind; ergibt sich dagegen, daß B fehlerhaft besitze, so wird A ebenfalls abgewiesen und genöthigt, zu dem bereits als begründet erkannten interdictum recup. poss. zu greifen, oder kann nun seinerseits einen thätlichen Krieg gegen B eröffnen, da diesem gegen ihn ein wirksames interdictum retin. poss. nicht zusteht, nach Savigny's Ansicht dieses vielmehr den Erfolg haben würde, daß jener den Besitz wieder erlangte. Wie unvollkommen demnach der Zweck, zu welchem die duplex forma interdicti eingeführt seyn soll (§. 171. Anm. 1. a. E.), erreicht würde, ist einleuchtend.

[4] Mit Unrecht wird diese Verjährung auch auf die Einwendung der Fehlerhaftigkeit des gegnerischen Besitzes bezogen. Vang. §. 336. S. 776. Puchta §. 133. not. g. Dagegen L. 4. D. de interd. und L. 1. §. 5. D. uti possid. Perpetuo autem huic interdicto insunt haec; *quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides.* Vgl. Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XI.

S. 335. „Schadenserſatz für vergangene Verletzungen ... iſt die einzige (Function des Interdicts), für welche die Verjährung des Interdicts einen Sinn hat.“ Vgl. auch Schmidt a. a. O. S. 119.

[4] Neben den interdicta retinendae possessionis oder dem ſog. possessorium ordinarium, wodurch im Fall des Streites entſchieden wird, welche Partei während des Petitoriums den Beſitz habe, iſt in der gemeinrechtlichen Praxis noch ein ſog. possessorium summarium oder summarissimum zugelaſſen, zur Entſcheidung über den proviſoriſchen Beſitzſtand während des possessorium ordinarium, nachdem ein darauf bezügliches Inſtitut des ältern Rechts (fructus licitatio, Gai. IV. 166...169.) ins Juſtinianiſche Recht nicht übergegangen iſt. Particularrechtlich aber kommt dieſer Gegenſatz auch in der Bedeutung vor, daß das possessorium summarium dem gemeinrechtlichen poss. ordinarium gleichſteht, das poss. ordinarium dagegen, ähnlich der Publiciana actio, nur den auf einen Erwerbtitel ſich gründenden Beſitz betrifft. Vgl. Savigny a. a. O. §. 51. Bruns a. a. O. §. 28. 33. 44. und S. 397. fg. Bayer, Summar. Proc. S. 168. fg.

§. 173.

2) Interdicta recuperandae possessionis.

Obgleich nach §. 172. auch die interdicta retinendae possessionis dazu führen können, den verlornen Beſitz wieder zu erlangen, ſofern derjenige, welcher ihn dem Kläger unrechtmäßiger Weiſe entzogen hat, noch beſitzt, ſo gibt es doch noch beſondere, von dieſer Vorausſetzung unabhängige Interdicte, die weſentlich auf Wiedererlangung eines verlornen Beſitzes gerichtet ſind. Sie ſind:

1) das interdictum de vi [a]. Nach römiſchem Rechte [l] ſteht dieſes demjenigen [b], oder auch den Erben desjenigen [c], welcher durch eine gegen ſeine eigene oder ſeines Stellvertreters Perſon verübte Gewalt [d] aus dem juriſtiſchen Beſitze [e] einer unbeweglichen Sache [f] verdrängt worden iſt (deiectus), gegen denjenigen zu, welcher die gewaltſame Beſitzentſetzung ſelbſt vorgenommen, oder durch Andere bewirkt, oder die in ſeinem Namen vorgenommene genehmigt hat [g], er mag jetzt ſich im Beſitze befinden oder nicht [h], und zwar auf Wiedererſtattung des Beſitzes und vollen Schadenserſatz, namentlich auch Erſatz aller andern Sachen, welche dem Dejicirten durch die Dejection verloren gegangen ſind [i], jedoch nur innerhalb eines annus utilis, nach deſſen Ablauf nur mehr in id, quod ad

[a] Dig. de vi et de vi armata. 43. 16. Cod. unde vi. 8. 4. si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio. 8. 5. [b] L. 1. pr. §. 1. D. h. t. [c] L. 1. §. 44. D. h. t. [d] L. 1. §. 3. 22. 28. 29. D. h. t. [e] L. 1. §. 9. 10. 23...26. eod. L. 1. Cod. si per vim. 8. 5. [f] L. 1. §. 3...6. D. eod. §. 6. J. de interd. 4. 15. [g] L. 1. §. 11...18. L. 3. §. 10...12. D. h. t. [h] L. 1. §. 13. 42. L. 15. 16. eod. [i] L. 1. §. 31...41. L. 6. 9. §. 1. L. 10. 15. D. eod. L. 9. Cod. h. t. 8. 4.

deiicientem pervenit, geklagt werden kann [k]. Mit gleicher Beſchränkung findet auch gegen die Erben des Dejicienten eine Klage ſtatt [l], ſodann gegen denjenigen, in deſſen Namen zwar, aber ohne deſſen Auftrag oder Genehmigung, durch von ihm abhängige Perſonen die Beſitzentſetzung verübt worden iſt [m], nicht auch gegen denjenigen, auf welchen ſonſt von dem Dejicienten der Beſitz übergegangen iſt [n]. Als gewaltſamer Beſitzer ſoll aber auch derjenige belangt werden können, welcher des Grundſtücks eines Abweſenden ſich bemächtigt hat [o]. Nach canoniſchem Rechte iſt nicht nur die Haftung der Erben des gewaltſamen Beſitzers weiter ausgedehnt (§. 104. Anm. 2.), ſondern auch gegen den dritten Beſitzer die Klage auf Wiedererſtattung des Beſitzes zugelaſſen [p], falls dieſer von der gewaltſamen Beſitzentſetzung des früheren Beſitzers unterrichtet war [2].

2) das interdictum de precario [q]. Dieſes bezieht ſich auf den Fall, wenn Jemanden Beſitz auf beliebigen Widerruf überlaſſen iſt [3], was gewöhnlich auf ergangene Bitte geſchieht, daher der Name [r]. Ein ſolcher Precariſt hat der Regel nach abgeleiteten juriſtiſchen Beſitz, der gegen Andre als den Verleiher durch die gewöhnlichen Interdicte geſchützt iſt [s]. Wenn nun aber auf ergangenen Widerruf der Beſitz dem Verleiher nicht zurückerſtattet wird, ſo ſteht dieſem das genannte Interdict gegen den Empfänger oder deſſen Erben [t] zu Gebote, um ſich Rückerſtattung des Beſitzes und Erſatz des durch dolus oder lata culpa des Gegners verurſachten Schadens zu verſchaffen [u].

Anm. [l] L. 1. pr. D. de vi. Praetor ait: *Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit, iudicium dabo.* — Ueber die Unterſcheidung des ältern Rechts zwiſchen dem interdictum de vi armata und de vi quotidiana, welches letztere durch Fehlerhaftigkeit des Beſitzes ausgeſchloſſen war, vgl. Gai. IV. 154. 155. mit §. 6. J. de interd. 4. 15. — „Die Anſicht Thibaut's, daß bei dieſem Interdict auch die Detention hinreiche, hat kaum den Schein eines Grundes für ſich." Puchta §. 135. not. a. vgl. oben §. 136. Anm. 2. — Ueber die Frage, ob durch L. 7. Cod. h. t. (§. 94. not. h.) dieſes Interdict auch auf bewegliche Sachen ausgedehnt ſey, vgl. Sav. a. a. O. §. 40.; dagegen Puchta a. a. O. Bruns §. 7.

[k] L. 1. pr. §. 39. D. h. t. [l] L. 1. §. 48. L. 2. 3. pr. L. 9. pr. eod. [m] L. 1. §. 15. 19. eod. [n] L. 3. §. 10. D. uti possid. 43. 17. [o] L. 11. Cod. h. t. 8. 4. (Justinianus Joanni p. p. a. 532.). [p] cap. 18. X. de restitutione spoliatorum. 2. 13. [q] Dig. de precario. 43. 26. Cod. de precario et Salviano interdicto. 8. 9. [r] L. 1. 2. §. 3. L. 4. §. 2. D. h. t. [s] L. 4. §. 1. D. h. t. cf. L. 10. §. 1. D. de poss. 41. 2. §. 135. not. l. §. 172. not. g. [t] L. 8. §. 8. D. h. t. L. 2. Cod. h. t. [u] L. 8. §. 4...6. D. h. t.

[2] Die Klage auf Wiedererſtattung gewaltſam entzogenen Beſitzes heißt nach canoniſchem Recht actio spolii, der aber in der Praxis noch eine viel weitere Ausdehnung gegeben wurde. Vgl. darüber und über die exceptio spolii: Sav. §. 50. Bruns §. 16...23. Seuffert §. 415.

[3] L. 2. pr. D. de precario. Ait praetor: *Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.* Sav. §. 42. Schmidt, das Commodatum und Precarium. Leipzig 1841. (vgl. Schmidt von Ilmenau in krit. Jahrb. VII. S. 769...793.) Bulling, das Precarium. Leipzig 1846.

[4] Interdictum de clandestina possessione? L. 7. §. 5. D. comm. div. 10. 3. Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc iudicium (communi dividundo) dari, nec post annum quidem, quia placuit, etiam post annum in eum, qui vi deiecit, interdictum reddi; et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. Sed et si clam dicatur possidere qui provocat, dicendum esse ait, cessare hoc iudicium; nam de clandestina possessione competere interdictum inquit. Darüber Sav. a. a. O. §. 41.

§. 174.

V. Verluſt des Eigenthums.

In allen Fällen, wenn ein Andrer das Eigenthum erwirbt, verſteht ſich von ſelbſt, daß der bisherige Eigenthümer daſſelbe verliert. Dieſes kann aber auch geſchehen, ohne daß das Eigenthum auf einen Andern übergeht, entweder mit dem Willen des Eigenthümers, durch Dereliction, wozu aber Veräußerungsbefugniß deſſelben vorausgeſetzt wird, oder auch ohne deſſen Willen, aus den in §. 127. 128. angedeuteten Gründen.

Drittes Capitel.

Von den Dienſtbarkeiten [1].

I. Weſen derſelben.

§. 175.

A. Begriffsbeſtimmung.

Eine Dienſtbarkeit, Servitut, iſt ein die Benutzung einer Sache in einer beſtimmten Beziehung (partiell) ergreifendes, daher das Eigenthum der Sache rückſichtlich ihrer Benutzung und zwar zu Gunſten einer beſtimmten Perſon oder des Eigenthümers eines beſtimmten

Grundstücks als solchen beschränkendes dingliches Recht, welches also entweder an eine bestimmte Person als berechtigtes Subject geknüpft, oder mit dem Eigenthum eines bestimmten Grundstücks, das hier gewissermaßen als berechtigtes Subject erscheint, verbunden ist. Durch dieses Merkmal unterscheiden sich die Dienstbarkeiten von der Emphyteuse und Superficies, als selbständig vererblichen und veräußerlichen Rechten[2]. Ihrem Inhalt nach sind sie, gleich diesen, Bestandtheile des Inhalts des Eigenthums, welche diesem entnommen nunmehr als selbständige Rechte einem Andern als dem Eigenthümer zustehen. Daraus folgt jedoch nicht nothwendig, daß nun der Eigenthümer selbst diejenige Befugniß, die den Inhalt der Servitut bildet, nicht mehr habe; er verliert von seinen Eigenthumsrechten nur so viel, als mit den dem Servitutberechtigten zustehenden Befugnissen unverträglich ist; dieß aber ist jedenfalls die der Befugniß des Servitutberechtigten gegensätzlich entsprechende, positive oder negative, Eigenthumsbefugniß[3].

Anm. [1] Die neuesten Bearbeitungen dieser Lehre sind: Luden, die Lehre von den Servituten. Jena 1837. Hoffmann, d. L. v. d. S. nach R. R. 2 Thle. Darmstadt 1838. 1843. R. Elvers, die römische Servitutenlehre, Marburg 1854.; über das letzte Werk vgl. Kuntze in d. Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 227...268.

[2] Das Wort servitus bezeichnet zunächst, im passiven Sinne, die Beschränkung, häufiger aber, im activen Sinn, das entsprechende Recht. In weiterm Sinn wird einmal auch die Superficies servitus genannt. L. 86. in f. D. de legat. I.

[3] Ueber diesen Punkt vgl. gegen Bang. §. 338. Anm. 1. Scheurl in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XII. S. 242. fg. und Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 250. fg. Uebereinstimmend hiemit bezeichnet auch Elvers S. 81. die Servituten als vom Eigenthum „abgezweigte Befugnisse", obwohl sonst dieser Schriftsteller in ebenso verunglückter als gekünstelter Weise den Begriff der Servituten dahin zu bestimmen sucht, daß sie in der rechtlichen Herrschaft über eine einzelne als selbständige Sache fingirte Eigenschaft einer fremden körperlichen Sache bestehen, und von diesem Standpunkte aus denn auch S. 298. fg. eine durchgreifende materielle Verschiedenheit der Servituten, insbesondere des Ususfructus, von der Emphyteuse und Superficies gefunden zu haben meint. Vgl. dagegen Arndts in d. krit. Ueberschau II. S. 161. fg. Kuntze a. a. O. S. 232 fg., welcher letzte aber seinerseits auch erfolglos sich bemüht, darzuthun, daß „nicht der Inhalt der Servitut, sondern die Bestellungsbefugniß ein Eigenthumselement", und „die Servitutsbestellung nicht eine Eigenthumsbeschränkung, höchstens eine Beschränkung des Eigenthümers in der Eigenthumsausübung" sey.

§. 176.

B. Allgemeine Grundsätze.

Von den Dienstbarkeiten überhaupt gelten folgende allgemeine Grundsätze, die sich zum Theil schon aus ihrer Natur als dingliche

Rechte an einer fremden Sache von ſelbſt ergeben: 1) der Inhalt der Servitut kann nicht darin beſtehen, daß der Eigenthümer der dienenden Sache etwas zu thun verpflichtet ſey, ſondern nur darin, daß derſelbe etwas dulde oder etwas unterlaſſe, was er als unbeſchränkter Eigenthümer zu verwehren, beziehungsweiſe zu thun befugt wäre. 2) Niemand kann an ſeiner eigenen Sache eine Servitut haben. 3) Eine Servitut kann nicht ſelbſt wieder Gegenſtand einer Servitut ſeyn. 4) Die Servitut muß für das berechtigte Subject einen Vortheil gewähren; ſie kann nicht bloß darin beſtehen, daß der Eigenthümer ſich etwas verſage, was für den Andern ohne Intereſſe iſt.

Anm. a) L. 15. §. 1. D. de servitut. 8. 1. Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat. (§. 131.) b) L. 26. D. de serv. praed. urb. 8. 2. Nulli res sua servit. c) L. 1. D. de usu leg. 33. 2. Servitus servitutis esse non potest. cf. L. 33. §. 1. D. de serv. praed. rust. 8. 3. d) L. 15. pr. D. de servit. 8. 1. Quoties nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas; et ideo si mihi concedas, ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur; aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia. cf. L. 19. eod. Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo; veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus potest; quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sint. Vgl. überhaupt Bang. §. 338. Anm. 2. Elvers §. 6. 7. 14. 16. 26.

§. 177.

C. Haupteintheilung.

Die Dienſtbarkeiten ſind, wie ſich aus §. 175. von ſelbſt ergibt, entweder perſönliche, servitutes personarum, Perſonalſervituten, oder Grunddienſtbarkeiten, servitutes rerum, iura praediorum, Prädial- oder Realſervituten, je nachdem das Recht weſentlich nur einer beſtimmten Perſon gegeben iſt oder zum Vortheil eines beſtimmten Grundſtücks, daher für jeden Eigenthümer dieſes Grundſtücks, beſteht. Die letzten ſind von unbegränzter Manchfaltigkeit, die erſten dagegen kommen unter beſtimmten Geſtalten und Namen vor, namentlich Uſus und Uſusfructus. Gleichwohl aber ſind auch dieſe durch Beſchränkung auf beſtimmte Nutzungen einer Sache einer gleichen Manchfaltigkeit des Inhalts

empfänglich, oder, mit andern Worten, es können Befugniſſe der Art, wie ſie den Inhalt von Grunddienſtbarkeiten bilden, auch als perſönliche Dienſtbarkeiten, als ein bezüglich des Gegenſtandes beſchränkter Uſus oder Uſusfructus, eingeräumt werden, ſo fern ſie auch einer Perſon für ſich, ohne mit dem Eigenthum eines Grundſtücks verbunden zu ſeyn, Vortheil gewähren können. Man hat daraus, unnöthiger Weiſe, den Begriff ſogenannter irregulärer Servituten gebildet, die man, verkehrter Weiſe, als eine Art von Mittelding zwiſchen perſönlichen und Grunddienſtbarkeiten, auffaßte, während ſie nichts andres, als wahre perſönliche Dienſtbarkeiten, nur von beſchränktem Inhalt oder Gegenſtand, ſind.

Anm. L. 1. D. de servitut. 8. 1. Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum. L. 4. D. de s. p. r. 8. 3. Pecoris pascendi servitus, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videtur. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus. L. 6. pr. eod. Veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus fundi exportaretur ... Sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, ususfructus erit. L. 37. eod.... Paulus respondit, usum aquae personalem ad heredem Seii, quasi usuarii, transmitti non oportere. cf. L. 1. in f. D. de usu leg. 33. 2. L. 6. D. de servit. leg. 33. „usum transeundi personae datum.“ — L. 14. §. 3. D. de alim. leg. 34. 1. Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat: consulebar de fideicommisso, quum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. Nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi vel in tuo uvas premendi, vel area tua ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi: haec enim aqua personae relinquitur. Zu emendiren. ... *est servitus, personae tamen eius, ... utiliter* (oder: *non inutiliter*) *relinquitur;* am Ende: *haec enim aeque personae relinquuntur.* Vgl. gegen Mühlenbruch im civ. Arch. XV. 18. Bang. §. 339. Anm. 1. Zachariä über die ſog. irregulären Perſonalſervituten im civ. Archiv. XXVII. 1., womit auch übereinſtimmt Elvers a. a. O. §. 23. S. 198. fg. vgl. S. 185. fg. Dagegen Böcking Pand. §. 60. urtheilt, man leſe „ohne Noth, alſo ohne Recht“ *non inutiliter* ſtatt *utiliter* (ſollte heißen: *inutiliter*), und lieſt: *servitus; personae tamen ei etc.*, indem die Stelle nicht von der servitus aquae, ſondern vom Waſſerbedarf des Vermächtnißnehmers rede. —

Uebrigens werden die Prädialſervituten in den Quellen oft vorzugsweiſe unter servitutes verſtanden. §. 6. J. de usu. 2. 5. vgl. mit tit. J. 2. 3. u. 4. Dig. lib. 7. u. 8.

D. Die einzelnen Arten der Dienſtbarkeiten.

1) Perſönliche Dienſtbarkeiten.

a) Der Nießbrauch. Ususfructus [a].

§. 178.

α) Begriff und Vorausſetzungen.

Nießbrauch, Uſusfructus, iſt das einer beſtimmten Perſon zuſtehende Recht an einer fremden, beweglichen oder unbeweglichen, nicht verbrauchbaren, Sache auf den von dieſer durch Gebrauch und Fruchtgewinn, ohne Verbrauch derſelben, zu ziehenden Nutzen [b]. Der Berechtigte heißt Nutznießer, Uſufructuarius oder Fructuarius [c]; das Eigenthum, welchem das Recht der Nutznießung und ſomit einſtweilen ſein weſentlichſter Vortheil entnommen iſt, wird, ſo lange dieſe Beſchränkung beſteht, nuda proprietas (sc. deducto usufructu) genannt, der Eigenthümer dominus proprietatis oder proprietarius [d]. Der Nießbrauch iſt ein theilbares Recht [e]; er kann auf einen intellectuellen Theil der Sache beſchränkt ſeyn, ſo daß das Eigenthum für den übrigen Theil unbeſchränkt iſt oder auch der Nießbrauch mehrern an derſelben Sache gemeinſchaftlich (pro partibus indivisis) zuſteht [f].

Anm. L. 1. D. h. t. Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. L. 2. Est enim ius in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est. Sog. ususfr. formalis im Gegenſatz gegen ſog. ususfructus causalis, d. i. das Nutzungsrecht des Eigenthümers ſelbſt. — Aeltere Bearbeitungen dieſer Lehre: Galvani de usufructu dissertationes variae, zuerſt Patav. 1650. Noodt de usufructu libri II., zuerſt Lugd. Bat. 1713., in deſſen opp. omn. Col. 1732. Tom. I. p. 339...416.

§. 179.

β) Rechte des Nutznießers.

Der Nutznießer hat 1) was die Nutzung der Sache betrifft, der Regel nach das Recht, dieſe, mit Ausſchließung des Eigenthümers,

[a] Inst. de usufructu. 2. 4. Dig. de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur. 7. 1. Cod. de usufructu et habitatione et ministerio servorum. 3. 33. cf. Vat. fragm. §. 41...93. [b] pr. J. h. t. L. 1. 2. D. h. t. vgl. §. 52. 181. [c] L. 15. §. 1...3. D. de usu. 7. 8. [d] §. 1. 3. J. h. t. L. 1. §. 3. L. 15. §. 6. L. 17. D. h. t. cf. §. 126. Anm. 1. [e] L. 1. §. 9. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 5. D. h. t. L. 5. §. 2. D. si ususfr pet. 7. 6. L. 19. D. de usu. 7. 8. [f] L. 7. §. 7. 10. D. comm. div. 10. 3.

allein zu gebrauchen und ohne Beschränkung auf sein persönliches Bedürfniß deren Früchte zu ziehen, auch durch Erzielung sogenannter juristischer Früchte (fructus civiles, §. 55.) die Sache für sich nutzbar zu machen, aber ohne diese selbst zu verfehren, in der Art und Weise, wie ein verständiger und sorgfältiger Eigenthümer sie nutzen würde, tanquam bonus paterfamilias, boni viri arbitratu, und mit Rücksicht darauf, daß die Sache dereinst dem Eigenthümer zurückzuerstatten ist [a]. Nach diesem allgemeinen Gesichtspunkte und unter Berücksichtigung der besondern Beschaffenheit und Bestimmung der dienenden Sache ist der Umfang der Nutzungsbefugnisse im einzelnen Falle zu ermessen [b], welche im Allgemeinen erschöpfend zu bestimmen weder nöthig noch thunlich ist [i]. Die natürlichen Früchte erwirbt der Nutznießer durch Perception (§. 156.), junge Thiere jedoch sofort durch die Trennung vom Mutterthier [c]; und zwar erstreckt sich dieses Recht auf alle beim Beginn des Nießbrauches noch mit der Hauptsache verbundenen Fruchterzeugnisse, da hingegen die zur Zeit der Endigung desselben noch nicht gewonnenen Früchte wieder dem Eigenthümer zufallen [d]. Juristische Früchte, welche die Sache gewährt, sind in der Regel nach Verhältniß der Dauer des Nießbrauches zwischen dem Eigenthümer und Nutznießer zu theilen [e]; sind sie aber nur ein Ersatz für zu ziehende natürliche Früchte, so kommt es darauf an, wem die letzten durch unmittelbare Perception zugefallen wären, während die Wirkungen willkürlich eingegangener obligatorischer Rechtsverhältnisse des einen den andern nicht angehen [f]. Auf den Zuwachs der Hauptsache erstreckt sich das Recht des Nutznießers nur insofern, als jener nicht in einer für sich bestehenden, mit dieser nicht unmittelbar verbundenen Sache besteht, daher namentlich nicht auf die insula in flumine nata [g]. Zum Zweck der Ausübung seines Rechts gebührt dem Nutznießer die Detention der Sache [h]. Uebrigens kann das Nutzungsrecht des Nutznießers durch besondere Bestimmung bei Begründung der Servitut wie durch spätere Uebereinkunft rücksichtlich seines Umfangs mehr oder weniger eingeschränkt werden [i].

2) Was die Verfügung über die Sache selbst angeht, so darf

[a] L. 7. pr. L. 9. 13. pr. D. h. t. [b] L. 7. et sqq. D. h. t. [c] L. 13. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 28. D. de usur. et fruct. 22. 1. L. 68. D. h. t. [d] L. 13. cit. L. 12. §. 5. L. 27. pr. L. 48. §. 1. D. h. t. [e] L. 25. §. 2. L. 26. D. h. t. [f] L. 58. pr. D. h. t. L. 59. §. 1. eod. [g] L. 9. §. 4. D. h. t. [h] L. 12. pr. D. de poss. 41. 2. L. 4. D. uti poss. 43. 17. [i] L. 1. §. 9. D. ad leg. Falc. 35. 2. vgl. §. 177.

[a] Ueber das Verhältniß mehrerer bonae fidei possessores (not. e.): L. 9. §. 4. h. t. (Ulp.) Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit? Et Julianus . . . scripsit: ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est, quodsi a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis: quae sententia vera est. Dagegen L. 31. §. 2. cit. (Nerat.) Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emtio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. Si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est. Vgl. Bang. §. 335. a. E. Schmid S. 364. fg.

C. Schutz des Eigenthumsbesitzes überhaupt.

§. 171.

Zum Schutze des Eigenthumsbesitzes überhaupt, und so denn auch zum Schutze des abgeleiteten juristischen Besitzes, sind eigene prätorische Rechtsmittel gegeben, interdicta retinendae und recuperandae possessionis [a]. Die ersten, bezweckend die Erhaltung des gegenwärtigen Besitzes gegen Anfechtung eines Andern, dienen vorzüglich dazu, eine Entscheidung des Streites darüber, wer gegenwärtig besitze, herbeizuführen [b]; sie sind insofern der Eigenthumsklage zu vergleichen, welche eine Entscheidung über das Eigenthum (de proprietate), wie jene über den Besitz (de possessione) bezweckt, und sie dienen (als sog. Possessorium) zur Vorbereitung des Streites über das Eigenthum (Petitorium) sofern bei diesem die Parteirolle von dem Besitze abhängt [1]; doch sind sie auch anwendbar, um solche Störungen abzuwehren, welche zwar nicht den Bestand des Besitzes schlechthin anfechten, aber doch denselben theilweise durch anmaßliche Beschränkung der Verfügung über die Sache beeinträchtigen [c], in ähnlicher Weise, wie durch die negatoria actio das Recht zu solcher Beschränkung bekämpft wird [2]. Die interdicta recuperandae possessionis dagegen sind wesentlich nur auf Erfüllung der durch die widerrechtliche Besitzentziehung entstandenen Restitutionspflicht gerichtet, die unter den Gesichtspunkt einer obligatio ex delicto fällt; zum Schutze des bestehenden

[a] §. 4...6. J. de interdictis. 4. 15. [b] L. 1. §. 2. 3. D. uti possid. 43. 17. §. 4. J. l. c. cf. Gai. IV. 148. L. 35. D. de poss. 41. 2. [c] L. 1. pr. §. 5. L. 3. §. 4...7. D. uti possid. L. 52. §. 1. D. de poss. 41. 2. L. 8. §. 5. in f. D. si serv. vind. 8. 5. cf. L. 11. D. de vi. 43. 16.

Beſitzes dienen ſie nur etwa mittelbar, dadurch, daß ſie überhaupt ſtattfinden, dürfen jedoch des Zuſammenhangs und dieſer ihrer Beſtimmung wegen ſchon an dieſem Orte zugleich mit abgehandelt werden [3].

Anm. [1] L. 1. §. 2. 3. D. uti possid. Huius autem interdicti *(uti possidetis)* proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. §. 3. Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est; ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc, si res soli sit, de cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur. Vgl. not. b. Eine abweichende Theorie über das Weſen der interdicta retinendae possessionis wird aufgeſtellt von Savigny Rt des Beſitzes §. 37...39. vgl. §. 6. und 12 a., wornach auch dieſe weſentlich als Klagen ex maleficio zu denken und daher ins Obligationenrecht zu ſtellen wären, indem der angegebene Hauptfall ihrer Anwendung durch die Fiction einer zu befürchtenden Gewaltthätigkeit erklärt wird. Vgl. dagegen Bang. §. 336. Puchta Vorleſ. §. 133. Mühlenbruch §. 239. not. 10.; auch Rudorff in der Ztſchr. für geſch. Rtsw. XI. S. 334. und Schmidt Interdictenverfahren S. 187., welche letztere nur der Einführung der duplex forma interdicti jenen Zweck unterlegen: arg. L. 1. §. 26. D. de aqua quot. 43. 20.

[2] Beſtritten wurde dieſe Anwendung der genannten Interdicte von Bang. (5. Aufl.) §. 336. S. 605., welcher dieſelben nur gegen denjenigen anwendbar hielt, der ſelbſt auch Beſitzer (der Sache) ſeyn will. Vgl. dagegen not. c., insbeſondere L. 1. pr. D. 43. 17. *Uti* . . . possidetis, quominus *ita* possideatis, vim fieri veto. L. 8. §. 5. D. 8. 5. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur *qualiter velit* suo uti. Savigny a. a. O. S. 478. Puchta Inſt. II. S. 534. fg. Bruns Rt des Beſitzes S. 47. fg. und jetzt auch Bang. 6. Aufl. S. 776. vgl. Seuffert's Arch. V. 172. Zu weit geht freilich Thibaut im civ. Arch. XVIII. S. 321., der das interdictum uti possidetis für anwendbar hält, wenn „in der Nacht Spectanten in das Haus bringen, darin herumſchreien, an die Thüren klopfen, die Thüren aufreißen" u. ſ. w. Vgl. jedoch Schmidt a. a. O. S. 51. 152.

[3] Nicht hieher gehören die interdicta adipiscendae possessionis, die nur in Bezug auf beſtimmte Rechtsverhältniſſe ſtattfinden. §. 3. J. l. c.

§. 172.

1) Interdicta retinendae possessionis.

Zum Schutze des gegenwärtigen Beſitzes gibt es zwei Interdicte mit beſondern Namen [1], das interdictum uti possidetis

für unbewegliche [a], das interdictum utrubi für bewegliche Sachen [b], nach Juſtinianiſchem Recht übrigens nicht mehr verſchieden [c]. Veranlaſſung derſelben iſt eine Anfechtung des Beſitzes, dieſe beſtehe nun bloß in Beſtreitung des Beſitzes oder in thätlicher Störung deſſelben [d]. Ihr Zweck iſt: Anerkennung des Beſitzes, Schadenserſatz wegen der vergangenen Störung, Unterlaſſung künftiger Störung [e], wofür nach Umſtänden Sicherheit zu leiſten iſt (cautio de non amplius turbando). Aber dieſe Interdicte ſind duplicia interdicta [f]; der Kläger kann eben ſo wohl verurtheilt werden wie der Beklagte, indem beide Parteien gleichmäßig als Kläger und Beklagte zu behandeln ſind (§. 99.). Den Sieg gewinnt diejenige Partei, welche gegenwärtig den juriſtiſchen Beſitz hat, vorausgeſetzt, daß ſie ihn nicht unrechtlicher Weiſe (vi, clam oder precario, §. 136.) gerade der Gegenpartei entzogen hat [g]; iſt dieſes der Fall, ſo nützt ihr der gegenwärtige Beſitz nicht, und ſo kann der gegenwärtig nicht beſitzende Kläger, eben ſo wohl wie der nicht beſitzende Beklagte, durch dieſen Rechtſtreit auch den Beſitz wieder erlangen [h], den die Gegenpartei auf fehlerhafte Weiſe von ihm erhalten hat [h]. Der Anſpruch auf Schadenserſatz verjährt übrigens durch Ablauf eines utilis annus (§. 90.) von Zeit der begangenen Beſitzſtörung an [i], ſofern nicht der Gegner noch jetzt Vortheil davon hat [i].

Anm. [i] Vgl. a) L. 1. pr. D. h. t. 43. 17. Ait praetor: *uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. De cloacis hoc interdictum non dabo; neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.* cf. Fest. v. possessio: *uti possidetis eum fundum;* auch: *uti possidetis eum locum,* arg. L. 3. §. 6. D. uti possid. L. 60. D. de V. S. b) L. 1. pr. D. utrubi. 43. 31. Praetor ait: *Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.* §. 1. Hoc interdictum de possessione rerum mobilium locum habet; sed obtinuit, vim eius exaequatam fuisse *uti possidetis* interdicto, quod de rerum soli competit, ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi nec clam nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet. Vgl. überhaupt Sav. a. a. O. Bruns a. a. O. §. 6. Schmidt a. a. O. S. 49. fg. S. 69.

[a] Dig. uti possidetis. 43. 17. Cod. 8. 6. [b] Dig. utrubi. 43. 31. [c] §. 4. in f. J. l. c. L. 1. §. 1. D. l. c. cf. Gai. IV. 150...152. [d] §. 171. not b. c. [e] L. 1. pr. §. 1. L. 3. §. 11. D. uti possid. 43. 17. cf. L. un. Cod. h. t. [f] §. 7. J. l. c. L. 3. §. 1. D. l. c. L. 2. pr. D. de interd. 43. 1. [g] L. 1. pr. §. 9. L. 2. 3. pr. D. uti possid. L. 53. D. de poss. 41. 2. [h] L. 3. pr. cit. L. 1. §. 1. D. utrubi. §. 4. J. l. c. cf. Gai. IV. 166...168. [i] L. 1. pr. D. uti poss. L. 4. D. de interd. 43. 1.

dgl. durch Nachpflanzen im Stande erhalten [f] u. ſ. w. Auch hat er die Laſten und Abgaben der Sache zu tragen [g]. Er haftet für die Folgen ſeiner Nachläſſigkeit; für außergewöhnliche Schadensfälle hat er nicht einzuſtehen [h]. Nach Endigung des Nießbrauchs muß er die Sache herausgeben und wegen verſchuldeter Zerſtörung oder Abwerthung Erſatz leiſten [i], kann jedoch auch ſchon während der Dauer des Nießbrauchs wegen einzelner Verbindlichkeiten belangt werden [k]. Dieſe Verbindlichkeiten werden durch beſondere Caution geſichert [l], cautio usufructuaria [1], der Regel nach durch Realcaution [m], zu deren Leiſtung der Nutznießer durch Vorenthaltung der Benutzung oder auch durch Klage angehalten werden kann [n]. Doch kann dieſe Cautionsleiſtung durch beſondere Verabredung [o] erlaſſen werden [2], und in gewiſſen Fällen [p] iſt ſie nach geſetzlicher Beſtimmung erlaſſen [3]. Durch Aufgeben ſeines Rechts kann ſich der Nutznießer jener Verbindlichkeiten für die Zukunft entledigen [q].

Anm. [1] L. 1. pr. D. h. t. 7. 9. Acquissimum praetori visum est, de utroque legatarium cavere, et usurum se boni viri arbitratu, et quum usufructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit. — §. 6. Habet autem stipulatio ista duas causas, unam, si aliter quis utatur, quam vir bonus arbitrabitur, aliam de usufructu restituendo; quarum prior statim committetur, quum aliter fuerit usus, et saepius committetur; sequens committetur finito usufructu.

[2] L. 7. Cod. 6. 51. (Imp. Alexander a. p. Chr. 226.) Scire debetis, fideicommissi quidem et legati satisdationem remitti posse, Divum Marcum et Commodum constituisse. Ut autem boni viri arbitratu is, cui usufructus relictus est, utatur fruatur, minime satisdationem remitti testamento posse. Den Grund dieſer ſonſt unbegreiflichen Beſchränkung hat man in der Beziehung zu Vorſchriften der Lex Julia et Papia Poppaea, der Lex Julia vicesimaria und der Lex Falcidia gefunden. Hugo R. Rtsgeſch. S. 921. Sint. §. 59. not. 39. Im Juſtinianiſchen Rechte hat ſie keinen Sinn mehr, nachdem die beiden erſten Geſetze abrogirt ſind und durch nov. 1. cap. 2. auch geſtattet iſt, den Abzug der quarta Falcidia zu unterſagen. Das Pflichttheilsrecht kann natürlich durch ſolche Verfügung nicht geſchmälert oder gefährdet werden.

[f] §. 38. J. cit. L. 7. §. 3. L. 9. §. 6. D. h. t. [g] L. 7. §. 2. in f. L. 27. §. 3. L. 52. D. cod. L. 28. D. de usu leg. 33. 2. [h] L. 7. §. 2. L. 65. §. 1. L. 59. pr. D. h. t. [i] L. 1. §. 7. D usufr. quemadm. cav. 7. 9. L. 15. §. 7. D. h. t. 7. 1. [k] L. 1. §. 6. D. 7. 9. [l] Dig. usufructuarius quemadmodum caveat. 7. 9. [m] L. 5. §. 1. L. 7. pr. D. l. c. L. 13. pr. D. h. t. 7. 1. cf. Pauli sentt. I. 11. §. 2. III. 6. §. 27. [n] L. 7. pr. cit. L. 13. pr. cit. [o] L. 46. D. de pactis. 2. 14. cf. L. 7. Cod. ut in poss. legat. 6. 54. L. 1. Cod. de usufr. 3. 33. [p] L. 9. §. 2. D. l. c. 7. 9. — L. 8. §. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. — L. 2. Cod. ne fideiuss. dot. 5. 20. — L. 6. §. 1. Cod. de sec. nupt. 5. 9. vgl. § 93. Anm. 2. [q] L. 64. 65. D. h. t. 7. 1.

S. 335. „Schadenserſatz für vergangene Verletzungen ... iſt die einzige (Function des Interdicts), für welche die Verjährung des Interdicts einen Sinn hat." Vgl. auch Schmidt a. a. O. S. 119.

[i] Neben den interdicta retinendae possessionis oder dem ſog. possessorium ordinarium, wodurch im Fall des Streites entſchieden wird, welche Partei während des Petitoriums den Beſitz habe, iſt in der gemeinrechtlichen Praxis noch ein ſog. possessorium summarium oder summariissimum zugelaſſen, zur Entſcheidung über den proviſoriſchen Beſitzſtand während des possessorium ordinarium, nachdem ein darauf bezügliches Inſtitut des ältern Rechts (fructus licitatio, Gai. IV. 166...169.) ins Juſtinianiſche Recht nicht übergegangen iſt. Particularrechtlich aber kommt dieſer Gegenſatz auch in der Bedeutung vor, daß das possessorium summarium dem gemeinrechtlichen poss. ordinarium gleichſteht, das poss. ordinarium dagegen, ähnlich der Publiciana actio, nur den auf einen Erwerbtitel ſich gründenden Beſitz betrifft. Vgl. Savigny a. a. O. §. 51. Bruns a. a. O. §. 28. 33. 44. und S. 397. fg. Bayer, Summar. Proc. S. 168. fg.

§. 173.

2) Interdicta recuperandae possessionis.

Obgleich nach §. 172. auch die interdicta retinendae possessionis dazu führen können, den verlornen Beſitz wieder zu erlangen, ſofern derjenige, welcher ihn dem Kläger unrechtmäßiger Weiſe entzogen hat, noch beſitzt, ſo gibt es doch noch beſondere, von dieſer Vorausſetzung unabhängige Interdicte, die weſentlich auf Wiedererlangung eines verlornen Beſitzes gerichtet ſind. Sie ſind:

1) das interdictum de vi [a]. Nach römiſchem Rechte [i] ſteht dieſes demjenigen [b], oder auch den Erben desjenigen [c], welcher durch eine gegen ſeine eigene oder ſeines Stellvertreters Perſon verübte Gewalt [d] aus dem juriſtiſchen Beſitze [e] einer unbeweglichen Sache [f] verdrängt worden iſt (deiectus), gegen denjenigen zu, welcher die gewaltſame Beſitzentſetzung ſelbſt vorgenommen, oder durch Andere bewirkt, oder die in ſeinem Namen vorgenommene genehmigt hat [g], er mag jetzt ſich im Beſitze befinden oder nicht [h], und zwar auf Wiedererſtattung des Beſitzes und vollen Schadenserſatz, namentlich auch Erſatz aller andern Sachen, welche dem Deſicirten durch die Dejection verloren gegangen ſind [i], jedoch nur innerhalb eines annus utilis, nach deſſen Ablauf nur mehr in id, quod ad

[a] Dig. de vi et de vi armata. 43. 16. Cod. unde vi. 8. 4. si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio. 8. 5. [b] L. 1. pr. §. 1. D. h. t. [c] L. 1. §. 44. D. h. t. [d] L. 1. §. 3. 22. 28. 29. D. h. t. [e] L. 1. §. 9. 10. 23...26. eod. L. 1. Cod. si per vim. 8. 5. [f] L. 1. §. 3...6. D. eod. §. 6. J. de interd. 4. 15. [g] L. 1. §. 11...18. L. 3. §. 10...12. D. h. t. [h] L. 1. §. 13. 42. L. 15. 16. eod. [i] L. 1. §. 31...41. L. 6. 9. §. 1. L. 10. 15. D. eod. L. 9. Cod. h. t. 8. 4.

deiicientem pervenit, geklagt werden kann [k]. Mit gleicher Beschränkung findet auch gegen die Erben des Dejicienten eine Klage statt [l], sodann gegen denjenigen, in dessen Namen zwar, aber ohne dessen Auftrag oder Genehmigung, durch von ihm abhängige Personen die Besitzentsetzung verübt worden ist [m], nicht auch gegen denjenigen, auf welchen sonst von dem Dejicienten der Besitz übergegangen ist [n]. Als gewaltsamer Besitzer soll aber auch derjenige belangt werden können, welcher des Grundstücks eines Abwesenden sich bemächtigt hat [o]. Nach canonischem Rechte ist nicht nur die Haftung der Erben des gewaltsamen Besitzers weiter ausgedehnt (§. 104. Anm. 2.), sondern auch gegen den dritten Besitzer die Klage auf Wiedererstattung des Besitzes zugelassen [p], falls dieser von der gewaltsamen Besitzentsetzung des früheren Besitzers unterrichtet war [q].

2) das interdictum de precario [r]. Dieses bezieht sich auf den Fall, wenn Jemanden Besitz auf beliebigen Widerruf überlassen ist [s], was gewöhnlich auf ergangene Bitte geschieht, daher der Name [t]. Ein solcher Precarist hat der Regel nach abgeleiteten juristischen Besitz, der gegen Andre als den Verleiher durch die gewöhnlichen Interdicte geschützt ist [u]. Wenn nun aber auf ergangenen Widerruf der Besitz dem Verleiher nicht zurückerstattet wird, so steht diesem das genannte Interdict gegen den Empfänger oder dessen Erben [v] zu Gebote, um sich Rückerstattung des Besitzes und Ersatz des durch dolus oder lata culpa des Gegners verursachten Schadens zu verschaffen [w].

Anm. [l] L. 1. pr. D. de vi. Praetor ait: *Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit, iudicium dabo.* — Ueber die Unterscheidung des ältern Rechts zwischen dem interdictum de vi armata und de vi quotidiana, welches letztere durch Fehlerhaftigkeit des Besitzes ausgeschlossen war, vgl. Gai. IV. 154. 155. mit §. 6. J. de interd. 4. 15. — „Die Ansicht Thibaut's, daß bei diesem Interdict auch die Detention hinreiche, hat kaum den Schein eines Grundes für sich." Puchta §. 135. not. a. vgl. oben §. 136. Anm. 2. — Ueber die Frage, ob durch L. 7. Cod. h. t. (§. 94. not. h.) dieses Interdict auch auf bewegliche Sachen ausgedehnt sey, vgl. Sav. a. a. O. §. 40.; dagegen Puchta a. a. O. Bruns §. 7.

[k] L. 1. pr. §. 39. D. h. t. [l] L. 1. §. 48. L. 2. 3. pr. L. 9. pr. eod. [m] L. 1. §. 15. 19. eod. [n] L. 3. §. 10. D. uti possid. 43. 17. [o] L. 11. Cod. h. t. 8. 4. (Justinianus Joanni p. p. a. 532.). [p] cap. 18. X. de restitutione spoliatorum. 2. 13. [q] Dig. de precario. 43. 26. Cod. de precario et Salviano interdicto. 8. 9. [r] L. 1. 2. §. 3. L. 4. §. 2. D. h. t. [s] L. 4. §. 1. D. h. t. cf. L. 10. §. 1. D. de poss. 41. 2. §. 135. not. l. §. 172. not. g. [t] L. 8. §. 8. D. h. t. L. 2. Cod. h. t. [u] L. 8. §. 4...6. D. h. t.

[2] Die Klage auf Wiedererſtattung gewaltſam entzogenen Beſitzes heißt nach canoniſchem Recht actio spolii, der aber in der Praxis noch eine viel weitere Ausdehnung gegeben wurde. Vgl. darüber und über die exceptio spolii: Sav. §. 50. Bruns §. 16...23. Seuffert §. 415.

[3] L. 2. pr. D. de precario. Ait praetor: *Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.* Sav. §. 42. Schmidt, das Commodatum und Precarium. Leipzig 1841. (vgl. Schmidt von Ilmenau in krit. Jahrb. VII. S. 769...793.) Bulling, das Precarium. Leipzig 1846.

[4] Interdictum de clandestina possessione? L. 7. §. 5. D. comm. div. 10. 3. Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc iudicium (communi dividundo) dari, nec post annum quidem, quia placuit, etiam post annum in eum, qui vi deiecit, interdictum reddi; et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. Sed et si clam dicatur possidere qui provocat, dicendum esse ait, cessare hoc iudicium; nam de clandestina possessione competere interdictum inquit. Darüber Sav. a. a. O. §. 41.

§. 174.

V. Verluſt des Eigenthums.

In allen Fällen, wenn ein Andrer das Eigenthum erwirbt, verſteht ſich von ſelbſt, daß der bisherige Eigenthümer daſſelbe verliert. Dieſes kann aber auch geſchehen, ohne daß das Eigenthum auf einen Andern übergeht, entweder mit dem Willen des Eigenthümers, durch Dereliction, wozu aber Veräußerungsbefugniß deſſelben vorausgeſetzt wird, oder auch ohne deſſen Willen, aus den in §. 127. 128. angedeuteten Gründen.

Drittes Capitel.

Von den Dienſtbarkeiten [1].

I. Weſen derſelben.

§. 175.

A. Begriffsbeſtimmung.

Eine Dienſtbarkeit, Servitut, iſt ein die Benutzung einer Sache in einer beſtimmten Beziehung (partiell) ergreifendes, daher das Eigenthum der Sache rückſichtlich ihrer Benutzung und zwar zu Gunſten einer beſtimmten Perſon oder des Eigenthümers eines beſtimmten

Grundstücks als solchen beschränkendes dingliches Recht, welches also entweder an eine bestimmte Person als berechtigtes Subject geknüpft, oder mit dem Eigenthum eines bestimmten Grundstücks, das hier gewissermaßen als berechtigtes Subject erscheint, verbunden ist. Durch dieses Merkmal unterscheiden sich die Dienstbarkeiten von der Emphyteuse und Superficies, als selbständig vererblichen und veräußerlichen Rechten[2]. Ihrem Inhalt nach sind sie, gleich diesen, Bestandtheile des Inhalts des Eigenthums, welche diesem entnommen nunmehr als selbständige Rechte einem Andern als dem Eigenthümer zustehen. Daraus folgt jedoch nicht nothwendig, daß nun der Eigenthümer selbst diejenige Befugniß, die den Inhalt der Servitut bildet, nicht mehr habe; er verliert von seinen Eigenthumsrechten nur so viel, als mit den dem Servitutberechtigten zustehenden Befugnissen unverträglich ist; dieß aber ist jedenfalls die der Befugniß des Servitutberechtigten gegensätzlich entsprechende, positive oder negative, Eigenthumsbefugniß[3].

Anm. [1] Die neuesten Bearbeitungen dieser Lehre sind: Luden, die Lehre von den Servituten. Jena 1837. Hoffmann, d. L. v. d. S. nach R. R. 2 Thle. Darmstadt 1838. 1843. R. Elvers, die römische Servitutenlehre, Marburg 1854.; über das letzte Werk vgl. Kuntze in d. Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 227...268.

[2] Das Wort servitus bezeichnet zunächst, im passiven Sinne, die Beschränkung, häufiger aber, im activen Sinn, das entsprechende Recht. In weiterm Sinn wird einmal auch die Superficies servitus genannt. L. 86. in f. D. de legat. I.

[3] Ueber diesen Punkt vgl. gegen Bang. §. 338. Anm. 1. Scheurl in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XII. S. 242. fg. und Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 250. fg. Uebereinstimmend hiemit bezeichnet auch Elvers S. 81. die Servituten als vom Eigenthum „abgezweigte Befugnisse", obwohl sonst dieser Schriftsteller in ebenso verunglückter als gekünstelter Weise den Begriff der Servituten dahin zu bestimmen sucht, daß sie in der rechtlichen Herrschaft über eine einzelne als selbständige Sache fingirte Eigenschaft einer fremden körperlichen Sache bestehen, und von diesem Standpunkte aus denn auch S. 298. fg. eine durchgreifende materielle Verschiedenheit der Servituten, insbesondere des Ususfructus, von der Emphyteuse und Superficies gefunden zu haben meint. Vgl. dagegen Arndts in d. krit. Ueberschau II. S. 161. fg. Kuntze a. a. O. S. 232 fg., welcher letzte aber seinerseits auch erfolglos sich bemüht, darzuthun, daß „nicht der Inhalt der Servitut, sondern die Bestellungsbefugniß ein Eigenthumselement", und „die Servitutsbestellung nicht eine Eigenthumsbeschränkung, höchstens eine Beschränkung des Eigenthümers in der Eigenthumsausübung" sey.

§. 176.

B. Allgemeine Grundsätze.

Von den Dienstbarkeiten überhaupt gelten folgende allgemeine Grundsätze, die sich zum Theil schon aus ihrer Natur als dingliche

anerkannt [i]. Es gehört aber 1) zum Weſen der Grunddienſtbarkeit, daß ſie eben für das berechtigte Grundſtück vortheilhaft (praedio utilis) ſey, d. h. der Regel nach für jeden Beſitzer deſſelben als ſolchen, in Rückſicht auf die Benutzung eben dieſes Grundſtücks, von Werth ſeyn könne, ſey es auch nur wegen Erhöhung der Annehmlichkeit [k]. Daher 2) müſſen die Grundſtücke benachbarte ſeyn, praedia vicina, d. h. in ſolchem örtlichen Verhältniß zu einander, daß die fragliche Beſchränkung des einen wirklich für das andere Vortheil gewähren könne [l]. Auch erſtrecken ſich 3) die Befugniſſe der Berechtigten vermöge der Grunddienſtbarkeit nicht weiter, als dem Bedürfniß des herrſchenden Grundſtücks entſpricht, alſo zu deſſen Benutzung dienſam iſt, daher die Ausübung nicht zum Vortheil dritter Perſonen ſtattfindet [m]. 4) Die Berechtigung kann rückſichtlich der Zeit oder des Ortes oder ſonſt der Art und Weiſe der Ausübung näher beſtimmt und beſchränkt ſeyn [n], ſoll aber auch ohnedieß mit ſchonender Rückſicht für den Eigenthümer der dienenden Sache (civiliter) ausgeübt werden [o]. 5) Dieſer kann denn die Befugniß, welche den Inhalt der Dienſtbarkeit ausmacht, auch ſeinerſeits ausüben, daher auch mehreren nacheinander ein Recht gleicher Art einräumen [p], ſoweit die Natur der Sache es zuläßt und nicht das bereits beſtehende Recht dadurch beeinträchtigt wird, muß aber jeder dieſes hindernden oder ſchmälernden Verfügung in Betreff der Sache ſich enthalten [q], und dem Berechtigten alles geſtatten, was zur Ausübung der Servitut erforderlich iſt [r]. 6) Das dienende Grundſtück ſoll den Vortheil für das herrſchende durch ſeine dauernde Beſchaffenheit, nicht bloß zufällig und vorübergehend, gewähren; servitus perpetuam causam habere debet [s]. 7) Die Grunddienſtbarkeiten ſind an ſich untheilbare Rechte [t]; ſie

[i] L. 14. §. 1. D. de serv. 8. 1. L. 1. D. si serv. vind. 8. 5. L. 13. pr. cit. [k] L. 8. pr. L. 15. pr. cf. L. 19. D. de serv. 8. 1. L. 3. pr. D. de aqua. 43. 20. [l] L. 14. §. 2. D. de serv. 8. 1. L. 1. pr. L. 38. 39. D. de s. p. u. 8. 2. L. 5. §. 1. L. 7. §. 1. L. 38. D. de s. p. r. 8. 3. L. 6. pr. D. comm. praed. 8. 4. L. 5. 6. pr. D. si serv. vind. 8. 5. [m] L. 3...6. 24. D. de s. p. r. 8. 3. cf. L. 33. §. 1. D. eod. [n] L. 4. §. 1. L. 5. §. 1. D. de serv. 8. 1. L. 14. D. comm. praed. 8. 4. L. 7. 11. D. quemadm. serv. am. 8. 6. [o] L. 9. D. de serv. 8. 1. L. 20. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. 13. §. 3. D. de s. p. r. 8. 3. [p] L. 15. D. comm. praed. 8. 4. L. 2. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3. [q] L. 13. §. 1. D. l. c. [r] L. 10. D. de serv. 8. 1. L. 12. D. comm. praed. 8. 4. [s] L. 28. D. de s. p. u. 8. 2. L. 23. §. 1. D. de s. p. r. 8. 3. L. 1. §. 5. D. de aqua. 43. 20. L. 1. §. 4. D. de fonte. 43. 22. cf. L. 9. D. de s. p. r. 8. 3. L. 2. D. comm. praed. 8. 4. [t] L. 1. §. 9. D. ad leg. Falc. 35. 2. fragm. Pompon. im Corp. iur. anteiust. p. 168.

empfänglich, oder, mit andern Worten, es können Befugniſſe der Art, wie ſie den Inhalt von Grunddienſtbarkeiten bilden, auch als perſönliche Dienſtbarkeiten, als ein bezüglich des Gegenſtandes beſchränkter Uſus oder Uſusfructus, eingeräumt werden, ſo fern ſie auch einer Perſon für ſich, ohne mit dem Eigenthum eines Grundſtücks verbunden zu ſeyn, Vortheil gewähren können. Man hat daraus, unnöthiger Weiſe, den Begriff ſogenannter irregulärer Servituten gebildet, die man, verkehrter Weiſe, als eine Art von Mittelding zwiſchen perſönlichen und Grunddienſtbarkeiten, auffaßte, während ſie nichts andres, als wahre perſönliche Dienſtbarkeiten, nur von beſchränktem Inhalt oder Gegenſtand, ſind.

Anm. L. 1. D. de servitut. 8. 1. Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum. L. 4. D. de s. p. r. 8. 3. Pecoris pascendi servitus, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videtur. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus. L. 6. pr. eod. Veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus fundi exportaretur ... Sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, ususfructus erit. L. 37. eod.... Paulus respondit, usum aquae personalem ad heredem Seii, quasi usuarii, transmitti non oportere. cf. L. 1. in f. D. de usu leg. 33. 2. L. 6. D. de servit. leg. 33. „usum transeundi personae datum.“ — L. 14. §. 3. D. de alim. leg. 34. 1. Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat: consulebar de fideicommisso, quum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. Nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi vel in tuo uvas premendi, vel area tua ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi: haec enim aqua personae relinquitur. Zu emendiren. ... *est servitus, personae tamen eius, ... utiliter* (oder: *non inutiliter*) *relinquitur;* am Ende: *haec enim aeque personae relinquuntur.* Vgl. gegen Mühlenbruch im civ. Arch. XV. 18. Bang. §. 339. Anm. 1. Zachariä über die ſog. irregulären Perſonalſervituten im civ. Archiv. XXVII. 1., womit auch übereinſtimmt Elvers a. a. O. §. 23. S. 198. fg. vgl. S. 185. fg. Dagegen Böcking Pand. §. 60. urtheilt, man leſe „ohne Noth, alſo ohne Recht“ *non inutiliter* ſtatt *utiliter* (ſollte heißen: *inutiliter*), und lieſt: *servitus; personae tamen ei etc.*, indem die Stelle nicht von der servitus aquae, ſondern vom Waſſerbedarf des Vermächtnißnehmers rede. –

Uebrigens werden die Prädialſervituten in den Quellen oft vorzugsweiſe unter servitutes verſtanden. §. 6. J. de usu. 2. 5. vgl. mit tit. J. 2. 3. u. 4. Dig. lib. 7. u. 8.

D. Die einzelnen Arten der Dienſtbarkeiten.

1) Perſönliche Dienſtbarkeiten.

a) Der Nießbrauch. Usufructus [a].

§. 178.

α) Begriff und Vorausſetzungen.

Nießbrauch, Uſusfructus, iſt das einer beſtimmten Perſon zuſtehende Recht an einer fremden, beweglichen oder unbeweglichen, nicht verbrauchbaren, Sache auf den von dieſer durch Gebrauch und Fruchtgewinn, ohne Verbrauch derſelben, zu ziehenden Nutzen [b]. Der Berechtigte heißt Nutznießer, Uſufructuarius oder Fructuarius [c]; das Eigenthum, welchem das Recht der Nutznießung und ſomit einſtweilen ſein weſentlichſter Vortheil entnommen iſt, wird, ſo lange dieſe Beſchränkung beſteht, nuda proprietas (sc. deducto usufructu) genannt, der Eigenthümer dominus proprietatis oder proprietarius [d]. Der Nießbrauch iſt ein theilbares Recht [e]; er kann auf einen intellectuellen Theil der Sache beſchränkt ſeyn, ſo daß das Eigenthum für den übrigen Theil unbeſchränkt iſt oder auch der Nießbrauch mehrern an derſelben Sache gemeinſchaftlich (pro partibus indivisis) zuſteht [f].

Anm. L. 1. D. h. t. Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. L. 2. Est enim ius in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est. Sog. ususfr. formalis im Gegenſatz gegen ſog. ususfructus causalis, d. i. das Nutzungsrecht des Eigenthümers ſelbſt. — Aeltere Bearbeitungen dieſer Lehre: Galvani de usufructu dissertationes variae, zuerſt Patav. 1650. Noodt de usufructu libri II., zuerſt Lugd. Bat. 1713., in deſſen opp. omn. Col. 1732. Tom. I. p. 339...416.

§. 179.

β) Rechte des Nutznießers.

Der Nutznießer hat 1) was die Nutzung der Sache betrifft, der Regel nach das Recht, dieſe, mit Ausſchließung des Eigenthümers,

[a] Inst. de usufructu. 2. 4. Dig. de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur. 7. 1. Cod. de usufructu et habitatione et ministerio servorum. 3. 33. cf. Vat. fragm. §. 41...93. [b] pr. J. h. t. L. 1. 2. D. h. t. vgl. §. 52. 181. [c] L. 14. §. 1...3. D. de usu. 7. 8. [d] §. 1. 3. J. h. t. L. 1. §. 3. L. 15. §. 6. L. 17. D. h. t. cf. §. 126. Anm. 1. [e] L. 1. §. 9. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 5. D. h. t. L. 5. §. 2. D. si ususfr pet. 7. 6. L. 19. D. de usu. 7. 8. [f] L. 7. §. 7. 10. D. comm. div. 10. 3.

allein zu gebrauchen und ohne Beschränkung auf sein persönliches Bedürfniß deren Früchte zu ziehen, auch durch Erzielung sogenannter juristischer Früchte (fructus civiles, §. 55.) die Sache für sich nutzbar zu machen, aber ohne diese selbst zu verkehren, in der Art und Weise, wie ein verständiger und sorgfältiger Eigenthümer sie nutzen würde, tanquam bonus paterfamilias, boni viri arbitratu, und mit Rücksicht darauf, daß die Sache dereinst dem Eigenthümer zurückzuerstatten ist [a]. Nach diesem allgemeinen Gesichtspunkte und unter Berücksichtigung der besondern Beschaffenheit und Bestimmung der dienenden Sache ist der Umfang der Nutzungsbefugnisse im einzelnen Falle zu ermessen [b], welche im Allgemeinen erschöpfend zu bestimmen weder nöthig noch thunlich ist [i]. Die natürlichen Früchte erwirbt der Nutznießer durch Perception (§. 156.), junge Thiere jedoch sofort durch die Trennung vom Mutterthier [c]; und zwar erstreckt sich dieses Recht auf alle beim Beginn des Nießbrauches noch mit der Hauptsache verbundenen Fruchterzeugnisse, da hingegen die zur Zeit der Endigung desselben noch nicht gewonnenen Früchte wieder dem Eigenthümer zufallen [d]. Juristische Früchte, welche die Sache gewährt, sind in der Regel nach Verhältniß der Dauer des Nießbrauches zwischen dem Eigenthümer und Nutznießer zu theilen [e]; sind sie aber nur ein Ersatz für zu ziehende natürliche Früchte, so kommt es darauf an, wem die letzten durch unmittelbare Perception zugefallen wären, während die Wirkungen willkürlich eingegangener obligatorischer Rechtsverhältnisse des einen den andern nicht angehen [f]. Auf den Zuwachs der Hauptsache erstreckt sich das Recht des Nutznießers nur insofern, als jener nicht in einer für sich bestehenden, mit dieser nicht unmittelbar verbundenen Sache besteht, daher namentlich nicht auf die insula in flumine nata [g]. Zum Zweck der Ausübung seines Rechts gebührt dem Nutznießer die Detention der Sache [h]. Uebrigens kann das Nutzungsrecht des Nutznießers durch besondere Bestimmung bei Begründung der Servitut wie durch spätere Uebereinkunft rücksichtlich seines Umfangs mehr oder weniger eingeschränkt werden [i].

2) Was die Verfügung über die Sache selbst angeht, so darf

[a] L. 7. pr. L. 9. 13. pr. D. h. t. [b] L. 7. et sqq. D. h. t. [c] L. 13. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 28. D. de usur. et fruct. 22. 1. L. 68. D. h. t. [d] L. 13. cit. L. 12. §. 5. L. 27. pr. L. 48. §. 1. D. h. t. [e] L. 25. §. 2. L. 26. D. h. t. [f] L. 58. pr. D. h. t. L. 59. §. 1. eod. [g] L. 9. §. 4. D. h. t. [h] L. 12. pr. D. de poss. 41. 2. L. 4. D. uti poss. 43. 17. [i] L. 1. §. 9. D. ad leg. Falc. 35. 2. vgl. §. 177.

entweder unmittelbar auf das dienende Grundstück erstreckt, oder wenigstens in ihren Wirkungen Einfluß auf dasselbe ausübt. Ihrem Inhalt nach gewähren sie z. B. die Befugniß, ein Bauwerk auf dem dienenden Grundstück als Stütze für das herrschende Gebäude zu benützen [2], oder dieses in den Raum über jenem vorspringen zu lassen [3], oder von dem herrschenden Grundstück aus etwas auf oder über das dienende hinweg zu schaffen [4]. Die negativen dienen dazu, dem herrschenden Grundstück einen Vortheil zu sichern, der ihm durch Aenderungen in dem Zustande des dienenden entzogen werden könnte [5].

Anm. [1] Vgl. überhaupt mit dem tit. Dig. de s. p. u. 8. 2. Vang. §. 342. Puchta §. 184. Sint. §. 62. Seuffert §. 164.

[2] Dahin gehört a) servitus tigni immittendi. L. 2. 6. D. h. t. L. 8. §. 1. 2. L. 14. pr. D. si serv. 8. 5. L. 242. §. 1. D. de V. S. b) servitus oneris ferendi. Bei dieser gilt das Besondre, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks das lasttragende Bauwerk in tragfähigem Stande erhalten muß, doch ohne die Verpflichtung, auch während der Reparatur das lastende Gebäude zu stützen, und mit dem Recht, durch Dereliction der belasteten Sache jener Verbindlichkeit sich zu entledigen. L. 6. §. 2...7. L. 8. pr. §. 2. D si serv. vind. 8. 5. L. 33. D. h. t. „Es ist dieß keine Ausnahme von dem Grundsatz „servitus in faciendo consistere non potest"; sondern der Eigenthümer stellt dem herrschenden Grundstück eine taugliche Mauer, also wenn diese untauglich geworden ist, eine reparirte." Puchta not. c. vergl. Vang. Anm. 2. Dagegen Elvers S. 55. fg.

[3] Servitus proiiciendi, Recht des Vorbaues, z. B. eines Erkers oder Balkons; servitus protegendi, Recht des Vordachs. L. 2. D. h. t. L. 22. §. 4. D. quod vi. 43. 24 L. 242. §. 1. D. de V. S.

[4] So die servitus stillicidii oder fluminis recipiendi (avertendi, immittendi), d. i. das Recht, das Regenwasser im Tropfenfall oder in einen Strom gesammelt auf das dienende Grundstück abfließen zu lassen. L. 2. 17. §. 3. L. 20. §. 2...5. L. 28. in f. D. h. t. Vgl. Weiske, Behandlung einiger civilrtl. Ggstde. Leipzig 1829. Abh. IV. „Erörtr. der Grundsätze vom Traufrecht." Sodann servitus fumi immittendi, desgl. aquae immitt., vaporum immitt. L. 8. §. 5...7. D. si serv. vind. 8. 5. (§. 131. Anm. 3.), und servitus cloacae immittendae, das Recht, den Unrath auf oder durch das dienende Grundstück abzuleiten. L. 7. D. de serv. 8. 1. L. 1. pr. §. 4. D. de cloacis. 43. 23. cf. L. 17. §. 2. D. si serv. vind. 8. 5. Das hier erwähnte Recht, eine Düngerstätte (sterculinum) an des Nachbars Mauer zu halten, möchte wohl nicht passend servitus cloacae heißen, noch auch vorzugsweise als s. p. u. vorkommen.

[5] Servituten dieser Art sind die servitus altius non tollendi, Recht, das Höherbauen, überhaupt oder über ein gewisses Maß, auch wohl die Errichtung eines Gebäudes oder eine andere Erhöhung des Bodens, zu untersagen, als

[2] L. 13. §. 4. D. h. t. Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest. Et ... non debet neque arbores frugiferas excidere neque villam diruere nec quidquam facere in perniciem proprietatis. Et si forte voluptare fuit praedium, viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens, non debebit deiicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum spectat. §. 5. ... Proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit; ergo et auri et argenti et sulphuris et ferri et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit exercere poterit vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis vel arbustis vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec deiicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem. Bei dieſer Stelle hat man ſich ohne Noth Schwierigkeiten gemacht, die man denn durch Texteſänderung oder gezwungene Erklärung zu beſeitigen ſuchte. Feuerbach Verſ. Nr. IV. Madai im civ. Archiv. XV. 16. Sint. §. 59. not. 22. Vgl. dagegen Hagemeiſter im civ. Mag. III. 13. Bang. §. 344. Anm. 2. Puchta §. 181. not. o., dazu jetzt Keil im civ. Arch. XXXV. 11.

[3] In neueſter Zeit hat Dernburg in Linde's Ztſchr. n F. II. 2. und Elvers a. a. O. §. 27. 28. behauptet, daß der Uſufructuar ſein Recht ſelbſt als dingliches Recht vollſtändig auf einen Andern übertragen, der letzte zudem, daß derſelbe eben ſo auch Servituten auf die Dauer ſeines Rechts beſtellen könne. Daß dies nicht römiſche Anſicht, beweiſen vollſtändig die Stellen in not. m. n., vgl. Arndts in Linde's Ztſchr. VIII. 4. Elvers glaubt zwar, die ſtrengere ältere Anſicht ſey ſeit Zulaſſung der Verpfändung des Nießbrauchs (L. 11. §. 2. D. de pign.) aufgegeben worden, und führt als Beweis dafür an L. 8. §. 2. D. 18. 2. (Paul.): v. „utrum ius utendi fruendi, quod solum tuum est, vendas“, und L. 57. D. 24. 3. (Marcell.): v. „potest autem (sc. mulieri restitui ususfructus) vel cautionibus interpositis, ut, sicut potest, vir iure suo cedat mulieri fruique eam patiatur.“ Aber die erſte Stelle unterſcheidet nur, ob ein beſtehender oder ein erſt zu beſtellender Nießbrauch Gegenſtand des Kaufes ſey, und die letzte ſpricht vielmehr gegen jene Meinung, nach welcher es der cautiones nicht bedürfte, eben ſo wie L. 15. D. 10. 2. (Paul.): „nec enim a personis discedere (ususfructus) sine interitu sui potest“, und L. 16. pr. eod. (Ulpian.) „Et puto officio iudicis contineri, ut, si volent heredes a communione ususfructus discedere, morem iis gerat cautionibus interpositis.“ Vgl. auch Kuntze a. a. O. S. 256. fg.

[4] L. 15. §. 7. D. h. t. ſagt zuerſt: Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius nec amittere servitutem; dann am Ende: Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest, worauf L. 16., an dieſem Platze unpaſſend eingefügt, fortfährt: nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, ius sibi non esse altius tollere; als ob auch das letzte nur möglich wäre consentiente usufructuario, worauf es doch hier nicht ankommen kann. Den Schlußſatz der L. 15. cit. aber hat man als „eine, allerdings etwas ſubtile,

Consequenz" aus dem Princip: *Servitus servitutis esse non potest* zu erklären versucht: Bang. §. 338. S. 789., auf eine hypersubtile Weise. Marezoll findet die Erklärung desselben darin, daß die persönliche Servitut nicht von der Person getrennt, also weder ganz noch zum Theil auf einen Andern übertragen werden könne: krit. Jahrb. IV. S. 166., wie auch schon Puggé vermuthete, daß er in der Unzulässigkeit der in iure cessio von Seiten des Usufructuars an einen Extraneus seinen Grund gehabt habe. Zachariä aber äußert die Vermuthung, daß der Ausspruch Ulpian's mit der Lehre von der remissio servitutis (nach altem Recht, durch in iure cessio) zusammenhänge und nur durch Mißverständniß in Justinian's Digesten aufgenommen, also eine unpraktische Antiquität sey. Ztschr. für gesch. Rtsw. XIV. S. 133. Die beiden letzten Meinungen zusammengenommen enthalten das Wahre. Die in iure cessio des Eigenthümers allein konnte die Servitut nicht begründen; die in iure cessio des Usufructuars, qua nihil agitur, konnte, eben so wenig wie dessen formlose Zustimmung, den Mangel nicht heben, und noch weniger war eine gemeinschaftliche in iure cessio beider denkbar. Daß aber der Satz in der That eine unpraktische Antiquität enthalte, ergibt sich aus folgender Erwägung: der Usufructuar kann sein Recht dem Eigenthümer gegenüber jetzt durch bloßen Vertrag sowohl theilweise als ganz aufgeben, und über das aufgegebene kann der letzte wieder frei verfügen; müßte also jener Satz als gesetzlicher Ausspruch auch stricte festgehalten werden, so könnte doch unzweifelhaft der Usufructuar zunächst den ganzen Nießbrauch aufgeben, dadurch den Eigenthümer zu vollkommen wirksamer Bestellung der Servitut in Stand setzen, und mit dieser Beschränkung den Nießbrauch sich wieder einräumen lassen; und da nun dieses Alles durch einfache Verträge bewerkstelligt werden kann, so würde eben dieses als die beabsichtigte Wirkung der mit Einwilligung des Nutznießers vorgenommenen Bestellung der Servitut anzuerkennen seyn. Vgl. jetzt auch Elvers S. 259.

§. 180.

γ) Verbindlichkeiten des Nutznießers.

Der Nutznießer soll die Sache nicht nur mit schonender Rücksicht auf den Eigenthümer benutzen, sondern auch wie ein bonus paterfamilias in gutem Zustande zu erhalten beflissen seyn [a], so weit nicht die Zeit und angemessene Nutzung eine Minderung ihres Werthes unvermeidlich mit sich bringt [b]; er muß daher das gewöhnlich Erforderliche zur Erhaltung der Sache leisten, z. B. bei Gebäuden die gewöhnlichen Reparaturen [c], bei Thieren die gewöhnliche Pflege und Fütterung bestreiten [d], eine Heerde durch Ergänzung aus den Jungen vollzählig erhalten [e], Waldungen, Weinberge u.

[a] L. 9. pr. D. h. t. [b] L. 12. §. 1. L. 15. §. 3. 4. D. h. t. L. 9. §. 3. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. [c] L. 7. §. 2. D. h. t. L. 7. Cod. h. t. [d] L. 15. §. 2. D. eod. [e] L. 68. §. 2. . . L. 70. eod. §. 38. J. de rer. div. 2. 1. cf. L. 62. §. 1. D. h. t.

bgl. durch Nachpflanzen im Stande erhalten [f] u. ſ. w. Auch hat er die Laſten und Abgaben der Sache zu tragen [g]. Er haftet für die Folgen ſeiner Nachläſſigkeit; für außergewöhnliche Schadensfälle hat er nicht einzuſtehen [h]. Nach Endigung des Nießbrauchs muß er die Sache herausgeben und wegen verſchuldeter Zerſtörung oder Abwerthung Erſatz leiſten [i], kann jedoch auch ſchon während der Dauer des Nießbrauchs wegen einzelner Verbindlichkeiten belangt werden [k]. Dieſe Verbindlichkeiten werden durch beſondere Caution geſichert [l], cautio usufructuaria [1], der Regel nach durch Realcaution [m], zu deren Leiſtung der Nutznießer durch Vorenthaltung der Benutzung oder auch durch Klage angehalten werden kann [n]. Doch kann dieſe Cautionsleiſtung durch beſondere Verabredung [o] erlaſſen werden [2], und in gewiſſen Fällen [p] iſt ſie nach geſetzlicher Beſtimmung erlaſſen [3]. Durch Aufgeben ſeines Rechts kann ſich der Nutznießer jener Verbindlichkeiten für die Zukunft entledigen [q].

Anm. [1] L. 1. pr. D. h. t. 7. 9. Aequissimum praetori visum est, de utroque legatarium cavere, et usurum se boni viri arbitratu, et quum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit. — §. 6. Habet autem stipulatio ista duas causas, unam, si aliter quis utatur, quam vir bonus arbitrabitur, aliam de usufructu restituendo; quarum prior statim committetur, quum aliter fuerit usus, et saepius committetur; sequens committetur finito usufructu.

[2] L. 7. Cod. 6. 54. (Imp. Alexander a. p. Chr. 226.) Scire debetis, fideicommissi quidem et legati satisdationem remitti posse, Divum Marcum et Commodum constituisse. Ut autem boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur fruatur, minime satisdationem remitti testamento posse. Den Grund dieſer ſonſt unbegreiflichen Beſchränkung hat man in der Beziehung zu Vorſchriften der Lex Julia et Papia Poppaea, der Lex Julia vicesimaria und der Lex Falcidia gefunden. Hugo R. Rtsgeſch. S. 921. Sint. §. 59. not. 39. Im Juſtinianiſchen Rechte hat ſie keinen Sinn mehr, nachdem die beiden erſten Geſetze abrogirt ſind und durch nov. 1. cap. 2. auch geſtattet iſt, den Abzug der quarta Falcidia zu unterſagen. Das Pflichttheilsrecht kann natürlich durch ſolche Verfügung nicht geſchmälert oder gefährdet werden.

[f] §. 38. J. cit. L. 7. §. 3. L. 9. §. 6. D. h. t. [g] L. 7. §. 2. in f. L. 27. §. 3. L. 52. D. cod. L. 28. D. de usu leg. 33. 2. [h] L. 7. §. 2. L. 65. §. 1. L. 59. pr. D. h. t. [i] L. 1. §. 7. D usufr. quemadm. cav. 7. 9. L. 15. §. 7. D. h. t. 7. 1. [k] L. 1. §. 6. D. 7. 9. [l] Dig. usufructuarius quemadmodum caveat. 7. 9. [m] L. 5. §. 1. L. 7. pr. D. l. c. L. 13. pr. D. h. t. 7. 1. cf. Pauli sentt. I. 11. §. 2. III. 6. §. 27. [n] L. 7. pr. cit. L. 13. pr. cit. [o] L. 46. D. de pactis. 2. 14. cf. L. 7. Cod. ut in poss. legat. 6. 54. L. 1. Cod. de usufr. 3. 33. [p] L. 9. §. 2. D. l. c. 7. 9. — L. 8. §. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. — L. 2. Cod. ne fideiuss. dot. 5. 20. — L. 6. §. 1. Cod. de sec. nupt. 5. 9. vgl. § 93. Anm. 2. [q] L. 64. 65. D. h. t. 7. 1.

[3] Von der Caution befreit sind nach not. p. a) der Nutznießer, dem ex die certo auch die Proprietät zufällt, b) der Vater als Nutznießer der bona adventitia seiner Kinder, c) der Mann rücksichtlich des in dotem gegebenen Nießbrauchs, d) der coniux binubus rücksichtlich des ihm gesetzlich verbleibenden Nießbrauchs an den den Kindern erster Ehe zufallenden Immobilien, sodann nach der Natur der Sache e) der Schenker, der sich den Nießbrauch an der geschenkten Sache vorbehielt, und nach §. 93. gewissermaßen f) der Fiscus und Stadtgemeinden.

§. 181.

δ) Quasiususfructus.

Verbrauchbare Sachen können nicht Gegenstand des Nießbrauches als eines dinglichen Rechts an fremder Sache seyn (§. 178.). Durch Senatsbeschluß ist aber ausdrücklich erklärt worden, daß an allen Vermögensgegenständen der Nießbrauch vermacht werden könne [1]. Darnach ist nun in Ansehung verbrauchbarer Sachen ein dem wahren Nießbrauch analoges Rechtsverhältniß (quasi ususfructus) anerkannt, darin bestehend, daß solche Sachen in das Eigenthum desjenigen, der die Nutznießung haben soll, übertragen werden, mit der Verpflichtung, dereinst, wenn der Fall eintritt, welcher dem wahren Nießbrauch ein Ende machen würde, dieselbe Quantität von Sachen derselben Gattung oder deren Geldeswerth demjenigen herauszugeben, welchem bei dem wahren Nießbrauch deren ursprünglicher Gegenstand selbst herauszugeben wäre [a]. Auf diese Verpflichtung ist denn hier auch die zu leistende Caution gerichtet [b]. Ein Quasiususfructus ist aber auch auf Forderungen anwendbar [c], ususfructus nominum [2], und so kann nun auch an einem ganzen Vermögen der Nießbrauch gegeben werden [d], welcher dann in Ansehung der dazu geeigneten Vermögensgegenstände als wahrer, in Ansehung der übrigen als Quasiususfructus zu betrachten ist. Aber es kann nun auch in Beziehung auf Sachen, die an sich des wahren Nießbrauchs nicht schlechthin unfähig, aber der Gefahr wesentlich entwerthender Abnutzung unterworfen sind, z. B. Kleider [3], ein Quasiususfructus bestellt werden [e].

Anm [1] L. 1. D. h. t. Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit: quo

[a] Dig. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur 7. 5. §. 2. J. de usufructu. 2. 4. [b] §. 2. J. cit. L. 2. 4. 6. 7. 9...11. D. l. c. L 1. Cod. h. t. 3. 33. cf. L. 5. §. 1. D. eod. — L. 6. pr. D. ut in poss. legat. 36. 4. [c] L. 3. 4. D. h. t. 7. 5. [d] L. 3. D. l. c. [e] §. 2. J. cit. L. 15. §. 4. D. de usufr. 7. 1. L. 9. §. 3. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. cf. rubr. tit. D. cit. (not. a.) verb. „*vel minuuntur*."

Scto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit ususfructus legari. L. 2. §. 1. eod. Quo Scto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit; sed remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi. §. 2. in f. J. h. t. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, nec enim poterat, sed per cautionem quasi usumfructum constituit. Eine neue Bearbeitung dieſer Lehre: Ph. Held, die Lehre vom ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. Würzburg 1848.

[z] Ueber die hierbei möglichen Modificationen: Mühlenbruch §. 285. not. 2. 3. Puchta Vorleſ. §. 182. a. E. Hoffmann §. 51. Held §. 12. Steinberger in Linde's Ztſchr. n. F. XI. 6.

[a] L. 15. §. 4. D. 7. 1. Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sicut *(non sic, ut?)* quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita eum uti debere, ne abutatur; nec tamen locaturum, quia vir bonus non ita uteretur. Vgl. §. 2. J. l. c. „quae usu consumuntur .... quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta, quibus proxima est pecunia numerata; namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. — Ueber die verſchiedenen Meinungen: Held §. 10. Elvers S. 191.

§. 182.

b) Das Gebrauchsrecht. Uſus.

Uſus [a] iſt ſeiner wörtlichen Bedeutung nach das ius utendi ohne das ius fruendi [b], das Recht, die Sache ihrer Natur und Beſtimmung gemäß für ſeine Zwecke zu gebrauchen [c], ohne das Recht, aus derſelben ſonſt noch andere Vortheile zu ziehen, daher auch regelmäßig ohne das Recht, ſich Erzeugniſſe derſelben anzueignen oder aus derſelben durch Ueberlaſſung des Gebrauchs an Andere einen Gewinn zu erzielen [d], ſo wie auch unentgeltlich der Gebrauch nicht ganz und gar einem Andern überlaſſen werden kann [e]. Indeſſen wird nach Umſtänden, mit Rückſicht auf die Beſchaffenheit der Sache und nach der muthmaßlichen Willensmeinung des Verleihers, das Recht des Uſus weiter ausgedehnt, insbeſondere dem Uſuar auch ein Bezug von Früchten zum unmittelbaren Verbrauch nach Maßgabe ſeines Bedürfniſſes beigelegt [f], ja ſogar wohl geradezu der Uſus als gleichbedeutend mit Uſusfructus behandelt [g]. Der Uſus in ſeiner beſondern Bedeutung iſt ein untheilbares Recht [h].

[a] Inst. de usu et habitatione. 2. 5. Dig. 7. 8. [b] L. 1. D. h. t. [c] L. 2...7 L. 10. §. 4. .. L. 12. pr. §. 3. L. 22. §. 1. D. h. t. [d] L. 8. pr. L. 10. §. 5. D. h. t. [e] L. 4. pr. L. 8. pr. D. h. t. [f] L. 12. §. 1. 2. L. 15. pr. D. h. t. cf. L. 4. pr. eod. [g] L. 22. pr. eod. cf. L. 5. §. 2. D. de usufr. ear. rer. 7. 5. [h] L. 19. D. h. t.

Uebrigens gelten von demſelben gleiche Grundſätze, wie vom Uſusfructus, ſoweit dieſe nicht durch die Verſchiedenheit des Inhalts eine Modification erleiden [1]. Im heutigen Recht iſt eine perſönliche Servitut dieſer Art zwar nicht unpraktiſch; aber es läßt ſich nicht behaupten, daß im heutigen Rechtsleben mit einem beſtimmten Ausdrucke der römiſche Begriff des Uſus verbunden ſey, und es kommt daher in jedem Falle auf die Auslegung der beſondern Willenserklärung an, ob ein dem römiſchen Uſus gleiches oder in welcher Art ſonſt beſchränktes Nutzungsrecht anzunehmen ſey [2].

Anm. [1] Ueber den Gegenſatz von usus und ususfructus: Thibaut Verſ. I. 3. — Gegen die neue Anſicht von Puchta §. 179. 180. Inſt. II. §. 255., wornach der Uſus als Benutzungsrecht für das Bedürfniß der berechtigten Perſon die älteſte und normale perſönliche Servitut, der Uſusfructus eine über das eigentliche Weſen derſelben hinausgehende anomale Erweiterung ſeyn ſoll, vergl. Scheurl in d. Ztſchr. f. geſch. Rtsw. XV. 2. Brinz Notamina ad usum fructum, Monachii 1849. Elvers S. 18. — Im R. R. tritt der Unterſchied zwiſchen beiden Servituten charakteriſtiſch hervor beim Erwerbe durch Sklaven: §. 4. J. per quas pers. 2. 9. De iis autem servis, in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra vel ex operis suis acquirant, id nobis acquiratur. — L. 14. pr. D. h. t. Per servum usuarium si stipuler vel per traditionem accipiam, an acquiram, quaeritur, si ex re mea vel ex operis eius. Et si quidem ex operis eius, non valebit, quoniam nec locare operas eius possumus; sed si ex re mea, dicimus, servum usuarium stipulantem vel per traditionem accipientem mihi acquirere, quum hac opera eius utar. cf. L. 12. §. 5. 6. L. 16. §. 2. D. eod. L. 21...26. D. de usufr. 7. 1.

[2] Puchta §. 180. not. a. bemerkt: „Man hat die Anwendbarkeit der servitus usus beſtritten, weil wir kein dem römiſchen vollkommen entſprechendes Wort hätten. Savigny Beruf unſerer Zeit S. 100. fg. Dieſem ſteht ſchon das Beiſpiel entgegen, das uns die römiſchen Juriſten durch die Anwendung bei dem Gebrauch der griechiſchen Sprache geben. L. 10. §. 1. D. de usu (7. 8.): Sed si χρῆσις sit relicta, an usus sit videndum. Et Papinianus... ait, usum esse, non etiam fructum relictum. Noch mehr aber der Umſtand, daß eben gerade der usus die reine Perſonalſervitut iſt.“ Aber vergl. dagegen Arndts in krit. Jahrb. XI. S. 823 fg. — Nach dem Oeſt. bürg. Gſtb. §. 504. beſteht „die Servitut des Gebrauchs darin, daß Jemand befugt iſt, eine fremde Sache, ohne Verletzung der Subſtanz, bloß zu ſeinem Bedürfniſſe zu benützen“; vgl. auch Code Nap. art. 625. sq. Das Preuß. Landrt dagegen unterſcheidet nur „das vollſtändige Nutzungsrecht“, d. i. „Nießbrauch“, und „ein eingeſchränktes Nutzungsrecht“, I. 21. §. 22. 227. 228. Das Zürcher Gſtb. §. 726. fg. erwähnt nur „Nießbrauch“ und „Wohnrecht.“

[1] L. 18. 22. §. 2. L. 23. D. h. t. L. 13. §. 2. in f. D. de usufr. 7. 1. L. 5. §. 1. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9.

[a] Im R. Rt. werden noch als besondere Personalservituten habitatio und operae genannt, bei welchen wohl entgeltliche, aber (wenigstens bei der habitatio) nicht unentgeltliche Uebertragung der Ausübung gestattet wird und außerdem rücksichtlich der Endigung etwas Besonderes gilt. §. 5. J. h. t. 2. 5. L. 10. pr. §. 3. D. h. t. 7. 8. L. 13. Cod. h. t. 3. 33. — Dig. de operis servorum. 7. 7. cf. L. 5. §. 3. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. — „Diese Servituten hängen mit dem Gegensatz der juristischen Ausdrücke und der bloß factischen in der römischen Sprache zusammen, und sind darum heutzutage unanwendbar." Puchta §. 179. a. E. Vgl. übrigens Thibaut civ. Abh. nro. II. und Sav. Syst. II. S. 110...113. — Die „Dienstbarkeit der Wohnung" im Oest. Gsetzb. §. 521. 522. und das „droit d'habitation" im Code Nap. art. 632...634. stimmen nicht mit der römischen habitatio überein. Eben so wenig das „Wohnrecht" des Zürcher Gesetzb. §. 750...754.

2) Grunddienstbarkeiten [a].

§. 183.

a) Allgemeine Grundsätze.

Die Grunddienstbarkeiten sind dingliche, das Eigenthum eines Grundstücks zum Vortheil eines andern Grundstücks beschränkende Rechte, mit dem letzten dergestalt verbunden, daß sie jedem Eigenthümer desselben als solchem zustehen, wie sie andrerseits gegen jeden Besitzer des ersten wirksam sind [b], während sie nicht für sich, getrennt von dem Grundstück, Andern eingeräumt werden können [c]. Sie enthalten daher eine Erweiterung der Eigenthumsphäre des einen Grundstücks auf Kosten der Eigenthumsphäre des andern [d]; das eine erscheint gewissermaßen als das berechtigte Subject, sog. praedium dominans, cui servitus debetur [e], welchem das andere rechtlich unterthan ist, praedium serviens oder servum [f], und das Recht einerseits, wie die Beschränkung andrerseits wird daher auch als eine besondere juristische Eigenschaft der Sache aufgefaßt [g]. Eine eigentliche Grunddienstbarkeit kann denn auch nur zwischen solchen Grundstücken, welche des Privateigenthums fähig sind, bestehen [h], und nur ausnahmweise wird ein ähnliches Recht auch in Beziehung auf andere Grundstücke

[a] Inst. de servitutibus. 2. 3. Dig. de servitutibus. 8. 1. de servitutibus praediorum urbanorum. 8. 2. de servitutibus praediorum rusticorum. 8. 3. communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum. 8. 4. Cod. de servitutibus et aqua. 3. 34. [b] L. 20. §. 1. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 12. D. comm. praed. 8. 4. [c] L. 44. D. locati. 19. 2 [d] L. 5. §. 9. D. de op. n. n. 39. 1. [e] L. 4. §. 3. D. si serv. vind. 8. 5. L. 6. §. 1. L. 12. 13. D. quemadm. serv. am. 8. 6. cf. L. 8. 20. D. eod. L. 17. §. 3. D. de s. p. u. 8. 2. u. a. [f] L. 20. §. 1. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 8. D. de act. emti. 19. 1. [g] L. 86. D. de V. S. cf. L. 23. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3. [h] L. 1. §. 1. L. 4. L. 13. pr. D. comm. praed. 8. 4.

anerkannt [i]. Es gehört aber 1) zum Weſen der Grunddienſtbarkeit, daß ſie eben für das berechtigte Grundſtück vortheilhaft (praedio utilis) ſey, d. h. der Regel nach für jeden Beſitzer deſſelben als ſolchen, in Rückſicht auf die Benutzung eben dieſes Grundſtücks, von Werth ſeyn könne, ſey es auch nur wegen Erhöhung der Annehmlichkeit [k]. Daher 2) müſſen die Grundſtücke benachbarte ſeyn, praedia vicina, d. h. in ſolchem örtlichen Verhältniß zu einander, daß die fragliche Beſchränkung des einen wirklich für das andere Vortheil gewähren könne [l]. Auch erſtrecken ſich 3) die Befugniſſe der Berechtigten vermöge der Grunddienſtbarkeit nicht weiter, als dem Bedürfniß des herrſchenden Grundſtücks entſpricht, alſo zu deſſen Benutzung dienſam iſt, daher die Ausübung nicht zum Vortheil dritter Perſonen ſtattfindet [m]. 4) Die Berechtigung kann rückſichtlich der Zeit oder des Ortes oder ſonſt der Art und Weiſe der Ausübung näher beſtimmt und beſchränkt ſeyn [n], ſoll aber auch ohnedieß mit ſchonender Rückſicht für den Eigenthümer der dienenden Sache (civiliter) ausgeübt werden [o]. 5) Dieſer kann denn die Befugniß, welche den Inhalt der Dienſtbarkeit ausmacht, auch ſeinerſeits ausüben, daher auch mehreren nacheinander ein Recht gleicher Art einräumen [p], ſoweit die Natur der Sache es zuläßt und nicht das bereits beſtehende Recht dadurch beeinträchtigt wird, muß aber jeder dieſes hindernden oder ſchmälernden Verfügung in Betreff der Sache ſich enthalten [q], und dem Berechtigten alles geſtatten, was zur Ausübung der Servitut erforderlich iſt [r]. 6) Das dienende Grundſtück ſoll den Vortheil für das herrſchende durch ſeine dauernde Beſchaffenheit, nicht bloß zufällig und vorübergehend, gewähren; servitus perpetuam causam habere debet [s]. 7) Die Grunddienſtbarkeiten ſind an ſich untheilbare Rechte [t]; ſie

[i] L. 14. §. 1. D. de serv. 8. 1. L. 1. D. si serv. vind. 8. 5. L. 13. pr. cit. [k] L. 8. pr. L. 15. pr. cf. L. 19. D. de serv. 8. 1. L. 3. pr. D. de aqua. 43. 20. [l] L. 14. §. 2. D. de serv. 8. 1. L. 1. pr. L. 38. 39. D. de s. p. u. 8. 2. L. 5. §. 1. L. 7. §. 1. L. 38. D. de s. p. r. 8. 3. L. 6. pr. D. comm. praed. 8. 4. L. 5. 6. pr. D. si serv. vind. 8. 5. [m] L. 3...6. 24. D. de s. p. r. 8. 3. cf. L. 33. §. 1. D. eod. [n] L. 4. §. 1. L. 5. §. 1. D. de serv. 8. 1. L. 14. D. comm. praed. 8. 4. L. 7. 11. D. quemadm. serv. am. 8. 6. [o] L. 9. D. de serv. 8. 1. L. 20. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. 13. §. 3. D. de s. p. r. 8. 3. [p] L. 15. D. comm. praed. 8. 4. L. 2. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3. [q] L. 13. §. 1. D. l. c. [r] L. 10. D. de serv. 8. 1. L. 12. D. comm. praed. 8. 4. [s] L. 28. D. de s. p. u. 8. 2. L. 23. §. 1. D. de s. p. r. 8. 3. L. 1. §. 5. D. de aqua. 43. 20. L. 1. §. 4. D. de fonte. 43. 22. cf. L. 9. D. de s. p. r. 8. 3. L. 2. D. comm. praed. 8. 4. [t] L. 1. §. 9. D. ad leg. Falc. 35. 2. fragm. Pompon. im Corp. iur. anteiust. p. 168.

haften auch einerseits auf dem ganzen dienenden Grundstück und sind andrerseits mit dem ganzen berechtigten Grundstück gleich einer Eigenschaft der Sache verbunden, können daher nicht bloß für einen intellectuellen Theil des einen oder andern Grundstücks erworben oder verloren werden [u], und bestehen nach reeller Theilung des herrschenden oder dienenden Grundstücks für alle Theile fort, sofern sie nicht in ihrer Wirkung bloß auf eine bestimmte Oertlichkeit des einen oder andern sich beschränken [v]. Aus diesem Grunde kann auch ein Miteigenthümer keine Servitut an dem gemeinschaftlichen Grundstück für ein ihm allein gehörendes erwerben oder an dem letzten für jenes bestellen [w], während die bestehende Servitut nicht dadurch erlischt, daß ein Miteigenthümer des einen Grundstücks Alleineigenthümer des andern wird oder umgekehrt [x].

Anm. Ueber das Wesen der Grunddienstbarkeiten überhaupt vgl. Zachariä, wissenschaftliche Entw. der Lehre d. R. Rts v. d. dinglichen Servituten, in Hugo's civ. Mag. II. 15. Schrader civ. Abh. nro. V., „wie kam man auf die vielen auffallenden Sätze bei den dinglichen Dienstbarkeiten?" Bang. §. 340. Elvers a. a. O. und zwar zu 1) S. 138. fg., zu 2) S. 166. fg., zu 3) S. 220. fg., zu 4) u. 5) S. 41. fg., zu 6) S. 151. fg., und zu 7) S. 102. fg., zudem noch zu not. h. i. S. 123. fg. 267. fg., insbesondere zu Nr. 7. Heinzelmann, die Untheilbarkeit der Servituten, Nördlingen 1854. und dagegen Kuntze in der Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 546. fg.

§. 184.

b) Arten der Grunddienstbarkeiten.

Die Grunddienstbarkeiten sind 1) entweder affirmative oder negative Servituten, je nachdem sie dem Berechtigten eine positive Befugniß oder bloß ein Untersagungsrecht gewähren, den Eigenthümer des dienenden Grundstücks also entweder etwas zu dulden oder etwas zu unterlassen nöthigen, was er als unbeschränkter Eigenthümer zu verhindern, beziehungsweise zu thun berechtigt wäre [a]; 2) entweder ständige oder unständige Dienstbarkeiten, servitutes continuae oder discontinuae [b], je nachdem entweder dieselben wesentlich in dem Recht der Behauptung eines gewissen ununterbrochen dauernden Zustandes bestehen, wie bei negativen und

[u] L. 11. 17. D. de serv. 8. 1. [v] L. 6. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 23. §. 3. D. de s. p. r. 8. 3. cf. L. 21. 22. D. eod. L. 9. D. de serv. 8. 1. [w] L. 6. §. 3. D. comm. praed. 8. 4. [x] L. 8. §. 1. D. de serv. 8. 1. L. 30. §. 1. D. de s. p. u 8. 2. L. 27. D. de s. p. r. 8. 3. L. 140. §. 2. D. de V. S.

[a] L. 15. §. 1. D. de serv. 8. 1 (§. 176. Anm. a.).

bei ſolchen affirmativen Servituten der Fall iſt, die durch eine gewiſſe bleibende Vorrichtung ausgeübt werden, oder vielmehr zur Ausübung des Rechts ein Handeln von Seiten des Berechtigten gehört [b]; 3) entweder servitutes praediorum urbanorum, s. urbanae, Gebäudedienſtbarkeiten, oder servitutes praediorum rusticorum, s. rusticae, Feldbienſtbarkeiten, je nachdem dieſelben für ein Gebäude [c], praedium urbanum, es ſey in der Stadt oder auf dem Lande [d], beſtehen, oder den Zwecken eines freiliegenden, alſo vorzüglich eines zu landwirthſchaftlicher Benutzung geeigneten Grundſtücks, praedium rusticum [e], zu dienen beſtimmt ſind [2]. Dieſe Eintheilung wird im römiſchen Recht dem Anſchein nach als die wichtigſte hervorgehoben, und werden von beiden Arten in beſondern Titeln [f] viele einzelne Beiſpiele erwähnt; es iſt aber weder deren Angabe als erſchöpfend, noch ſind alle einzelne Beſtimmungen darüber als praktiſche Rechtſätze anzuſehen, indem vielmehr nach Bedürfniß neue Grunddienſtbarkeiten ſich ergeben können, und für die Beſtimmung des Inhalts einzelner Grunddienſtbarkeiten die heutige Sprache, Vorſtellung und Gewohnheit entſcheidend ſind. Nur unter dieſem Vorbehalt werden die einzelnen Fälle in den folgenden §§. näher angegeben.

Anm. [1] Vgl. Code Nap. art. 688. Les servitudes continues sont celles, dont l'usage est ou peut être continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme: tels sont les conduites d'eau (vgl. Bang. S. 797.), les égouts, les vues etc. — Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme, pour être exercées: tels sont les droits de passage, de puisages etc. — Ueber die Unterſcheidung von servitutes prohibendi, s. habendi, und s. faciendi vgl. Stever de servitutibus praediorum Rost. 1817. cap. 1. §. 8. 9. Bang. §. 339. S. 796. fg. — Eine andere Eintheilung im Code Nap. art. 689.: Les servitudes apparentes (offene oder augenfällige Dienſtbarkeiten) sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Les servitudes non apparentes (verborgene Dienſtbarkeiten) sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de batir sur un fonds ou de ne batir qu'à une hauteur determinée. In der That findet ſich auch dieſe Verſchiedenheit ſchon im R. R., ſo zwar, daß auch unſtändige Servituten doch apparentes ſind (§. 186. Anm. 2. a. γ. und c. α.) Schmidt in d. Ztſchr. für geſch. Rtsw. XV. S. 81.

[b] Vgl. L. 14. pr. D. l. c. [c] pr. §. 1...3. J. h. t. 2. 3. [d] L. 1. D. comm. praed. 8. 4. §. 1. J. h. t. L. 198. D. de V. S. [e] L. 198. cf. L. 211. D. de V. S. L. 13. pr. D. de s. p. r. 8. 3. [f] Dig. de servitutibus praediorum urbanorum. 8. 2. de servitutibus praediorum rusticorum. 8. 3.

[2] Ueber das eigentliche Unterscheidungsmerkmal der servitutes rusticae und urbanae, das in den Quellen nicht genau bezeichnet ist, insbesondere darüber, ob es auf den Charakter des herrschenden oder dienenden Grundstücks ankomme, waren die Meinungen immer sehr verschieden. Vgl. Glück IX. S. 21. fg. In der jüngsten Zeit war die im Text angegebene die herrschende. Mühlenbruch §. 276. not. 2. 8. Puchta §. 183. not. e. Unterholzner Verjährungslehre §. 191., welcher letzte jedoch den Begriff des praedium urbanum und rusticum anders bestimmte, vergl. dagegen von der Pfordten im civ. Arch. XXII. S. 7. Dieser stellt dagegen eine andere Unterscheidung auf, wornach s. p. u. diejenigen seyn sollen, welche zu ihrer Existenz wenigstens ein Gebäude, gleichviel ob als herrschend oder als dienend, erfordern, s. p. r. aber diejenigen, welche auch zwischen zwei leeren Grundstücken bestehen können; während Stever und Bang. a. a. O. (Anm. 1.) die s. p. u. mit den von ihnen sog. servitutes habendi und prohibendi, die s. p. r. mit den sog. serv. faciendi für identisch halten. Vgl. dagegen Mühlenbruch und Puchta a. a. O. und des letzten Vorles. I. S. 355. fg.; vermittelnd Hoffmann §. 74. Sint. §. 61. not. 14. 15. Gewiß ist, daß manche Servituten solcher Art, welche vorzugsweise als iura praediorum rusticorum vorkommen, auch iura praediorum urbanorum seyn können; L. 20. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. 1. §. 1. D. de itinere. 43. 19. L. 1. §. 11. D. de aqua quot. 43. 20., und umgekehrt: L. 2. pr. D. de s. p. u. 8. 3. Rusticorum (etiam) praediorum servitutes sunt: licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum, vel praetorium vel protectum habere licere (Mühlenbruch § 276. not. 8.); sowie auch, daß einem praedium urbanum an einem praedium rusticum, und umgekehrt, eine Servitut zustehen könne: L. 17. pr. L. 20. §. 6. D. de s. p. u. 8. 2. L. 1. §. 8. D. de cloacis. 43. 23. cf. L. 7. §. 1. L. 14. D. comm. praed. 8. 4. L. 11. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. Uebrigens vgl. noch pr. J. h. t. Rusticorum praediorum *iura* sunt haec: iter, actus etc. . . . §. 1. Praediorum urbanorum servitutes sunt, quae aedificiis inhaerent; ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sint. — L. 3. D. de serv. 8. 1. Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt. Zachariä von Lingenthal, über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae. Heidelberg 1844. Elvers a. a. O. §. 37...41. Der letzte kommt zu dem Resultat, daß die Eintheilung „nur einen historischen Werth hatte" und sich daran „keinerlei practischer Werth knüpfte." Vgl. §. 185. Anm. 6. §. 194. Anm. 3. §. 367. Anm. 2.

§. 185.

c) Einzelne Gebäudedienstbarkeiten.

Die Dienstbarkeiten, welche namentlich als servitutes praediorum urbanorum in den Quellen vorkommen [1], sind theils affirmative, theils negative. Die ersten enthalten regelmäßig das Recht einer gewissen Vorrichtung des herrschenden Grundstücks, die sich

durch Vermächtniß kann dem Eigenthümer der dienenden Sache die Freiheit von der Servitut gewährt werden [f]. Die Einräumung des Servitutrechts an einen Andern, als den Eigenthümer der dienenden Sache, iſt ohne Wirkung [g].

Anm. [f] §. 3. J. 2. 4. . . . Item finitur ususfructus, si domino proprietatis cedatur (nam cedendo extraneo nihil agit). Gai. II. 30. Ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem; alii vero in iure cedendo nihilominus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi. — Nach älterm Recht war zu vollkommener Aufhebung der Servituten durch Vertrag in iure cessio, deren Form als eine ſcheinbare vindicatio libertatis rei zu denken iſt, erforderlich (oder bei s. p. r., als res mancipi, remancipatio), Gai. l. c. Paul. III. 6. §. 30.; aber der bloße Vertrag gewährte ohne Zweifel Exceptionsſchutz gegen fernere Ausübung des Rechts, arg. L. 4. D. de serv. 8. 1., welches dann non utendo ganz verloren ging; daher auch exceptio doli (not. c.). Im Juſtinianiſchen Recht iſt auch hier wie bei der Beſtellung an die Stelle der in iure cessio ein einfaches cedere getreten. Was nun aber die Wirkung ſolcher Ceſſio an einen Extraneus betrifft, ſo ſcheint mit §. 3. J. cit. im Widerſpruch zu ſtehen L. 66. D. de iure dotium. 23. 3. Si ususfructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri, quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi (urſprünglich: *in iure cedi*) non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Ueber die verſchiedenen Erklärungsverſuche vgl. Puggé im Rh. Muſ. I. S. 145. fg., Bang. §. 344. Anm. 3., Löhr in Linde's Ztſchr. XIII. 7., Dernburg daſ. n. F. II. 2., Arndts daſ. VIII. 4. In Betreff des Uſusfructus iſt die Streitfrage praktiſch unerheblich, da die formloſe Conceſſio deſſelben an einen Dritten immer als Ueberlaſſung der Ausübung deſſelben aufzufaſſen ſeyn wird, welche allerdings möglich iſt (§. 172. Anm. 3.). Aber der Grundſatz, den die Stellen in not. g. in Betreff des Uſusfructus enthalten, muß gleicher Weiſe auch in Anſehung aller andern Servituten gelten, die weder der Ausübung noch dem Rechte nach übertragbar ſind. Daher iſt es wichtig, den Satz abzuwehren, den Manche in L. 66. cit. haben finden wollen, daß der Verſuch einer Uebertragung der Servitut den Verluſt derſelben bewirke.

[g] Eine Aufhebung der Servituten durch Dereliction, wie Manche behaupten (Puchta §. 190. not. k.), gibt es nicht. Nach L. 64. 65. pr. D. de usufr. 7. 1. kann zwar der Uſufructuar durch Aufgeben des Uſusfructus auch wider Willen des Eigenthümers für die Zukunft den für ihn daraus hervorgehenden Verbindlichkeiten ſich entziehen, aber aus der einſeitig erklärten nicht acceptirten Verzichtleiſtung erwirbt der Eigenthümer kein Recht, ſo lange die Servitut nicht

[f] L. 86. §. 4. D. de legat. I. — [g] §. 3. J. l. c.

Sonne, Licht, Aussicht u. s. w. hindernd, L. 2. 4. 12. D. h. t.; sodann bestimmter den Zweck bezeichnend, servitus ne luminibus oder ne prospectui officiatur, das Recht, dem Nachbarn Alles zu untersagen, wodurch den Fenstern das Licht verkümmert oder eine Aussicht verdeckt wird, z. B. auch Baumpflanzungen und selbst Aufstellung transportabler Gewächse. §. 2. J. de act. 4. 6. L. 3. 4. 12. 15...17. §. 2. L. 22. 23. D. h. t. Neben der servitus, ne luminibus officiatur, kommt noch eine servitus luminum vor. L. 4. D. h. t. Luminum in servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. cf. L. 40. eod. Eos, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto parieti communi nullo iure fenestras immisisse respondi. L. 8. Cod. h. 3. 34. „In pariete tuo si fenestram ... fecisse convincatur etc." Ueber die vielerlei abweichenden Erklärungen vgl. Bang. Anm. 1. Der ganze Streit könnte uns „praktisch nur dann interessiren, wenn Jemand auf die bizarre Idee käme, sich ohne weitere Beschreibung eine servitus luminum mit den römischen Worten bestellen zu lassen." Bang. Anm. 1. a. E. — In Beziehung auf die servitus ne prospectui officiatur bemerkt Seuffert §. 164. not. 13. mit Recht, sie könne auch zum Vortheil eines leeren Grundstücks vorkommen, was denn freilich nach der von ihm angenommenen Begriffbestimmung von der Pfordtens (§. 184. Anm. 2.) eine Anomalie sey. Aber auch die servitus altius non tollendi läßt sich zum Vortheil eines leeren Grundstücks denken, und zwar auch gegen ein leeres Grundstück, so daß da, wo noch kein Gebäude ist, auch keins entstehen noch sonst irgend eine Erhöhung, z. B. Aufwerfen eines Hügels, einer Terrasse u. dgl., stattfinden dürfe, und zwar könnte eine solche negative Servitut wohl auch aus landwirthschaftlichen Rücksichten für ein praedium rusticum eingeräumt seyn.

[e] In den Quellen werden auch einige servitutes p. u. genannt, die nur Befreiung von einer Beschränkung zu enthalten scheinen; serv. altius tollendi et officiendi luminibus vicini, stillicidii non avertendi. L. 2. D. de s. p. u. 8. 2. L. 2. D. de s. p. r. 8. 3. §. 1. J. de serv. 2. 3. und Theophil. ad h. l. Ueber die verschiedenartigen Erklärungsversuche vgl. Bang. §. 342. Anm. 3. Puchta §. 184. a. E. Scheurl in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XII. S. 255. fg. Die wahrscheinlichste Erklärung, namentlich für die beiden erstenerwähnten Servituten, ist immer noch die, daß Gewohnheitsrecht oder Bauordnungen den Eigenthümern gewisse Beschränkungen zu Gunsten der Nachbarn auflegten, die durch Einräumungen von Seiten der letzten beseitigt werden konnten, L. 11. pr. D. de s. p. u. 8. 2. L. 12. §. 1. 4. L. 13. D. de aedific. priv. 8. 10.; und unzweifelhaft ist es, daß, wo dergleichen Vorschriften, nicht etwa als absolut gebietende oder verbietende, bestehen, Servituten ähnlicher Art stattfinden können. arg. L. 2. §. 10. D. de aquae pluv. 39. 3. Seuffert §. 164. a. E. Jene Baugesetze brauchten auch keine allgemeinen für das ganze Reich zu seyn; wenn sie nur für die Stadt Rom bestanden, so war dieß Anlaß genug, von solchen Servituten zu reden; und verfehlt ist die Bemerkung (Bang. S. 835.), daß diese ja denn auch nichts anders als Aufhebung einer Servitut, einer servitus legalis nämlich, gewesen wären, da die sog. gesetzliche Grunddienstbarkeit in der That keine Servitut ist (§. 131.). Verwerflich ist jedenfalls

die Anſicht Bangerow's, nach welcher es eine Eigenthümlichkeit der s. p. u. in ſeinem Sinn, d. i. der ſog. serv. habendi und prohibendi, ſeyn ſoll, daß ſie, und nur ſie, vom Eigenthum vollſtändig abgetrennte Beſtandtheile ſeyen, die nun durch Errichtung einer neuen Servitut wieder gewonnen werden müßten. Vgl. dagegen noch Elvers §. 39., welcher ſeinerſeits die Löſung des Räthſels in der Formel der in iure cessio zum Zweck der Aufhebung negativer Servituten ſucht.

§. 186.

d) Einzelne Felddienſtbarkeiten.

Die servitutes praediorum rusticorum, welche in den Quellen als ſolche vorkommen, haben theils den Zweck, den Zugang zu dem berechtigten Grundſtück zu gewähren oder zu erleichtern, theils ſonſt die Benutzung deſſelben zu befördern oder deren Ertrag zu vermehren, und zwar in den manchfaltigſten Beziehungen, welche bei der Bewirthſchaftung des herrſchenden Gutes, das auch ein ganzes Landgut oder ein Inbegriff verſchiedener Grundſtücke ſeyn kann, in Betracht kommen können, jedoch immer mit Rückſicht auf das Bedürfniß dieſes herrſchenden Gutes nach ſeiner eigenthümlichen Beſchaffenheit und darauf beruhenden Nutzbarkeit. Von Seiten des dienenden Grundſtücks aber kann der Vortheil, welchen die Servitut bezweckt, theils ſchon durch den Grund und Boden ſelbſt, theils auch durch deſſen Erzeugniſſe gewährt werden.

Anm. [1] Vgl. überhaupt mit dem tit. Dig. de servitutibus praediorum rusticorum 8. 3. Puchta §. 185. Sint. §. 63. Seuffert §. 165.

[2] Einzelne namhafte Servituten ſind:

a) Weggerechtigkeiten, und zwar (abgeſehen von einem ſog. Waſſerweg, navigandi servitus, L. 23. §. 1. D. h. t., alſo zu Lande:) in dreifacher Geſtalt *α*) Iter, i. e. ius eundi ambulandi hominis, in der Regel auch das Recht, zu reiten und ſich in einer Sänfte tragen zu laſſen, enthaltend. *β*) Actus, i. e. ius agendi vel iumentum vel vehiculum, alſo in der Regel das Recht, über das dienende Grundſtück Vieh zu treiben und zu fahren, damit zugleich aber auch das ius itineris enthaltend. *γ*) Via, i. e. ius eundi agendi, et iter et actum in se continens, weſentlich das Recht des Fahrens enthaltend, in der Regel auch das Recht, Balken und Steine zu ſchleifen und hastam rectam ferendi (weßhalb alſo ein gewiſſer Raum in der Höhe freizulaſſen iſt), wobei ein hergerichteter Weg, eine eigentliche Fahrſtraße vorausgeſetzt wird, deren Breite der Regel nach auf 8 römiſche Fuß gerade aus, auf das Doppelte, wo der Weg ſich bricht (in anfractum), angenommen wird. pr. J. h. t. 2. 3. L. 1. pr. L. 7. pr. L. 8. L. 12...14. L. 23. pr. D. h. t. L. 4. §. 1. L. 9. 13. D. de serv. 8. 1. Puchta, über die Wegeſervituten des R. Rts, in deſſen civ. Abh. Nr. III. Im heutigen Rechtsleben entſprechen jener Stufenfolge ungefähr die Ausdrücke: Fußſteig-, Viehtrift- und Fahrweg-Gerechtigkeit,

jedoch ſtreitig, in welchem Umfange und wiefern unter Anwendbarkeit der nähern Beſtimmungen des Röm. Rts? Sommer im civ. Arch. III. 20., Gensler bei. IV. 20., Seuffert Erörtr. II. im Vorwort und S. 56. fg., Bang. §. 341., Puchta §. 185. not. f., Sint. §. 63. not. 14...16. Jedenfalls kommt es auf die aus Sprachgebrauch, Sitte und Oertlichkeit zu erkennende Willensmeinung der Conſtituenten an, und in jedem Fall muß der Berechtigte ſein Recht civiliter ausüben (§. 183. num. 4.), und der Eigenthümer des dienenden Grundſtücks kann daher auch die Feſtſetzung eines beſtimmten Weges verlangen. L. 9. D. de serv. 8. 1. L. 13. §. 1. 3. D. h. t.

b) das Recht, gewiſſe Gegenſtände von dem herrſchenden Grundſtück auf dem dienenden niederzulegen oder über daſſelbe hinwegzuführen, L. 3. §. 1. 2. L. 6. §. 1. D. h. t., desgl. s. aquam educendi fundi siccandi causa. L. 29. D. h. t.

c) Servituten auf Waſſer-Benutzung oder Leitung, namentlich α) s. aquaeductus, das Recht, Waſſer aus dem dienenden Grundſtück oder über daſſelbe herzuleiten (aqua quotidiana oder aestiva, diurna oder nocturna), mit dem Rechte, die nöthigen Rinnen anzulegen oder zu unterhalten. L. 1. pr. L. 15. 21. 22. D. h. t. L. 9. D. de serv. 8. 1. L. 17. pr. §. 1. D. de aqua pluv. 39. 3. Dig. de aqua quot. 43. 20. de rivis. 43. 21. β) s. aquae-haustus oder aquae hauriendae. L. 1. §. 1. L. 2. §. 1. L. 3. §. 3. L. 9. 20. §. 3. D. h. t. L. 14. §. 2. D. de serv. 8. 1. γ) s. pecoris ad aquam appulsus. §. 2. J. h. t. L. 1. §. 1. L. 4. D. h. t.

d) Servituten auf Benutzung verſchiedener anderer Erzeugniſſe des dienenden Grundſtücks für das Bedürfniß des herrſchenden, namentlich α) s. pascendi, das Recht, das Vieh, welches zum landwirthſchaftlichen Betriebe des herrſchenden Gutes gehört, auf das dienende Grundſtück zur Weide zu treiben, L. 1. §. 1. L. 3. pr. L. 4. 6. §. 1. D. h. t., worüber jedoch erſt das deutſche Recht eine weit ausgebildetere Theorie aufſtellt. Seuffert §. 165. num. 2. Mittermaier deutſches Privatrt. I. §. 168. fg., ſodann β) s. cretae eximendae, arenae fodiendae, lapidis eximendi, calcis coquendae, silvae caeduae. L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. L. 5. §. 1. L. 6. D. h. t. §. 2. J. h. t.

[3] Negative Servituten werden als s. p. r. nicht ausdrücklich erwähnt; jedoch kann die in L. 15. pr. D. de serv. 8. 1. erwähnte Servitut (si concedas mihi, ius tibi non esse, in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia) wenigſtens eben ſowohl als s. p. r. wie als s. p. u. gedacht werden. Vgl. §. 185. Anm. 5. a. E.

§. 187.

II. Beſitz der Dienſtbarkeiten.

Beſitz einer Dienſtbarkeit iſt das thatſächliche Verhältniß, welches durch wirkliche Ausübung der Dienſtbarkeit entſteht, abgeſehen davon, ob dieſe auch als Recht beſtehe (§. 129). Dieſem ſind analog gleiche juriſtiſche Wirkungen beigelegt, wie dem Beſitz einer Sache

als thatsächlicher Ausübung des Eigenthums (§. 135. 136., vgl. §. 189. 192); es ist daher, wie dieser, ein juristisches Verhältniß, iuris quasi possessio genannt [a], im Gegensatz der corporis possessio [b], weil nach natürlicher Anschauung nur körperliche Sachen als Gegenstand des Besitzes gedacht werden [c]. Wie nun zum Eigenthumsbesitze corpus und animus, so ist zum Erwerbe dieses Rechtsbesitzes erforderlich 1) die Vornahme solcher Handlungen oder thatsächliche Behauptung eines solchen Zustandes, wozu das Recht der Dienstbarkeit die Befugniß geben würde, in eigener Person oder durch einen Stellvertreter. Bei den persönlichen Servituten gehört dazu regelmäßig der natürliche Besitz der Sache, welcher als Sachbesitz nicht juristischer Besitz ist [d], aber den juristischen Besitz der Servitut in sich schließt [e]; bei andern affirmativen Servituten nach Verschiedenheit ihres Inhalts (§. 184) entweder die dauernde Vorrichtung an der Sache [f] oder die wirkliche Vornahme der Handlungen, wozu die Servitut das Recht gibt [g]; bei negativen Servituten ein Verbot von Seiten des Berechtigten gegen solche Handlungen, welche dem Recht der Servitut widerstreiten würden, oder auch eine Willenserklärung von der andern Seite, derselben sich enthalten zu wollen. 2) der Wille, ein Recht der Dienstbarkeit auszuüben, animus ius quasi possidendi [1], wobei aber die Meinung, das Recht wirklich zu haben, eben so wenig wesentlich ist, wie bei dem Eigenthumsbesitze, die Meinung Eigenthümer zu seyn [h]. Geschieht es nun durch Einräumung von der andern Seite, daß sich Jemand in dieses Verhältniß thatsächlicher Ausübung der Dienstbarkeit versetzt, so liegt darin eine iuris quasi traditio [2], analog der Tradition einer körperlichen Sache [i].

Verloren wird der Besitz der Dienstbarkeiten entweder durch Aufgeben des Besitzes (animo non possidendi), oder durch Entziehung der Möglichkeit, das Recht ferner nach Belieben auszuüben (quasi corpore.) Wo diese mit der Detention der Sache verbunden ist, kann der Verlust ganz in ähnlicher Weise eintreten, wie der

[a] Gai. IV. 139. L. 3. §. 17. D. de vi. 43. 16. L. 10. pr. D. si serv. vind. 8. 5. L. 23. §. 3. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [b] L. 2. §. 3. D. de precario. 43. 26. [c] L. 3. pr. D. de poss. 41. 2. L. 4. §. 27. D. de usurp. et usucap. 41. 3. [d] L. 1. §. 8. L. 12. D. de poss. 41. 2. L. 6. §. 2. D. de precario. 43. 26. §. 4. J per quas pers. 2. 9. [e] L. 3. §. 17. cit. L. 4. D. uti poss. 43. 17. [f] L. 20. pr. D. de s. p. u. 8. 2. cf. L. 8. §. 3. D. si serv. vind. 8. 5. [g] L. 7. D. de itin. 43. 29. [h] L. 1. §. 2. 6. L. 7. D. l. c. L. 25. D. quemadm. serv. am. 8. 6. [i] L. 20. D. de serv. 8. 1. cf. L. 1. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3. L. 11. §. 1. D. de Publ. act. 6.

Verluſt des Sachenbeſitzes (§. 142); in andern Fällen geſchieht es durch völlige Beſeitigung der erforderlichen Vorrichtung oder Entgegenſtellung eines Hinderniſſes beliebiger Wiederholung der Ausübungshandlungen, oder Entgegenhandeln gegen das in der Servitut enthaltene Verbietungsrecht [k]. Bei unſtändigen Dienſtbarkeiten aber kann der Beſitz auch dann nicht mehr als fortdauernd gelten, wenn längere Zeit hindurch eine Handlung zur Ausübung des Rechts gar nicht mehr vorgenommen worden iſt (§. 189. 194. a. E.).

Anm. [1] L. 7. D. de itin. Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo iure faceret, sed si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque, nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet. — L. 25. D. 8. 6. Servitute usus non videtur nisi qui suo iure uti se credidit; ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.

[2] L. 20. D. h. t. 8. 1. Quoties via aut aliquod ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quominus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse; ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

[3] Ueber den Erwerb und Verluſt des Servitutenbeſitzes vgl. überhaupt Savigny Recht des Beſitzes. §. 45. 46.

III. Entſtehung der Dienſtbarkeiten.

§. 188.

A. Durch Beſtellung.

Eine Dienſtbarkeit kann erworben werden 1) durch Beſtellung von Seiten des Eigenthümers [a] der Sache, welche dienſtbar ſeyn ſoll; dieſe geſchieht a) durch letztwillige Verfügung, Vermächtniß [b], oder b) durch Vertrag, und zwar α) durch ſelbſtändigen auf dieſen Zweck gerichteten Vertrag [c], wobei aber vorausgeſetzt wird, daß der Wille auf ſofortige Entſtehung des dinglichen Rechts [1], nicht bloß auf eine Verpflichtung zu künftiger Beſtellung gerichtet ſey [d], wenn

[k] L. 6. 20. pr. D. de s. p. u. 8. 2.

[a] L. 6. pr. D. comm. praed. 8. 4. cf. α) L. 7. Cod. de reb. alien. 4. 51. (§. 132.) β) L. 15. §. 7. L. 16. D. de usufr. 7. 1. (§. 179. Anm. 3.) γ) L. 2. D. de serv. 8. 1. L. 34. D. de s. p. u. 8. 3. L. 18. D. comm. praed. 8. 4. (§. 133. 183. num. 7. δ) L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 1. §. 6. 9. D. de superfic. 43. 18. (§. 195.).

[b] Dig. de usu et usufructu legato. 33. 2. de servitute legata. 33. 3. §. 4. J. de serv. 2. 3. §. 1. J. de usufr. 2. 4. L. 3. pr. D. de usufr. 7. 1. cf. L. 1. Cod. comm. de legat. 6. 43.

[c] §. 1. 4. J. citt. L. 3. pr. L. 25. §. 7. D. l. c. L. 3. Cod. de serv. 3. 34. cf. Gai. II. 29...32.

[d] L. 11. 17. D. de serv. 8. 1. L. 19. D. de s. p. r. 8. 3. L. 25. §. 9. D. fam. erc. 10. 2. L. 3. D. de O. et A. 44. 7. cf. L. 6. §. 3. D. comm. praed. 8. 4.

gleich mit der Einräumung des dinglichen Rechts zu größerer Sicherheit des Erwerbers auch noch eine perſönliche Verpflichtung des Beſtellers verbunden ſeyn kann [e], β) durch Vorbehalt (deductio oder exceptio servitutis) bei Gelegenheit der Eigenthumsübertragung [f], 2) durch richterliche Beſtellung, und zwar durch Adjudicatio im Theilungsverfahren [g], oder auch durch ein Decret, welches zur Vollziehung eines Urtheils gegen den ungehorſamen Beklagten eine von demſelben zu beſtellende Servitut für beſtellt erklärt, oder eine verlorne Servitut durch in integrum restitutio wieder herſtellt [h]. Uebrigens kann eine Grunddienſtbarkeit nur dem Eigenthümer [i] des Grundſtücks, für welches ſie erworben werden ſoll, Miteigenthümern [k] gemeinſchaftlich, wenn auch nicht nothwendig durch gleichzeitigen Act [2], wirkſam beſtellt werden.

Anm. [1] Früher war es herrſchende Anſicht, zuſammenhängend mit der Theorie von titulus und modus adquirendi (§. 127.), daß der Vertrag allein zur Entſtehung des dinglichen Rechts nicht genüge, ſondern noch quasi traditio hinzukommen müſſe, und dieſe Anſicht wird auch jetzt noch von einigen Juriſten vertheidigt, u. a. Francke civ. Abh. Nr. III. Bang. §. 350. Vgl. dagegen u. a. Schmidtlein de servitutibus per pactum constituendis. Götting. 1823. Michelſen im civ. Arch. VIII. 14. Haſſe im Rh. Muſ. I. S. 64...128. Haertel de serv. per pacta et stipulationes const. Lips. 1828. Puchta Inſt. II. §. 256. Vorleſ. I. S. 359. fg. „Niemals hat man einen einigermaßen ſcheinbaren Grund für die Nothwendigkeit der Tradition aufgeſtellt.“ In Betreff der Stellen, welche der Tradition der Servituten erwähnen, worin aber „nirgends beſtimmt geſagt iſt, es müſſe die quasi traditio dem bloßen Vertrage hinzutreten, damit das dingliche Servitutenrecht entſtehe“ (Bang. S. 859.), vgl. unten §. 191. Anm.

[2] Ueber dieſen Punkt, insbeſondere L. 18. D. 8. 4. vgl. Huſchke in Linde's Ztſchr. n. F. IV. S. 305...313.

§. 189.

B. Durch Erſitzung.

Dienſtbarkeiten, ſowohl perſönliche als Grunddienſtbarkeiten, werden durch longi temporis quasi possessio erworben, dadurch nämlich, daß ſie zehn Jahre inter praesentes oder zwanzig Jahre

[e] cf. L. 2. §. 5. 6. L. 38. §. 10. 11. L. 85. §. 3. L. 111. D. de V. O. 45. 1. [f] L. 32. 36. §. 1. L. 54. D. de usufr. 7. 1. L. 34. 35. D. de s. p. u. 8. 2. L. 30. 33. pr. 36. D. de s. p. r. 8. 3. L. 3. 5...8. 10. D. comm. praed. 8. 4. cf. Gai. II. 33. fragm. Vat. §. 47. 50. [g] L. 6. §. 1. D. de usufr. 7. 1. L. 16. §. 1. L. 22. §. 3. D. fam. erc. 10. 2. L. 18. D. comm. div. 10. 3. cf. fragm. Vat. §. 47. [h] cf. L. 8. §. 4. D. si serv. vind. 8. 5. [i] L. 1. §. 1. L. 6. pr. cf. L. 8. D. comm. praed. 8. 4. L. 15. §. 7. D. de usufr. 7. 1. cf. L. 1. §. 9. D. de superfic. 43. 18. [k] L. 5. 18. comm. praed. 8. 4. cf. L. 19. D. de s. p. r. 8. 3.

inter absentes, nec vi nec clam nec precario, als Recht ausgeübt wurden [a]. Mehr ist dazu nach römischem Recht nicht erforderlich. Nach heutigem Rechte jedoch ist die Ersitzung ausgeschlossen, wenn erwiesen wird, daß die Ausübung der Dienstbarkeit nicht in gutem Glauben stattgefunden habe [b].

Anm. [1] Vgl. a) L. 4. §. 29. D. de usurp. et usucap. 41. 3. Libertatem servitutum usucapi posse, verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. L. 14. pr. D. de serv. 8. 1. L. 10. §. 1. D. de usurp. Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint: worin eine unpassend angebrachte Interpolation: l. t. *capi* statt *usucapi*, enthalten ist. b) L. 10. pr. D. 8. 5. Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse (wo in der Vulg. das Wort *usum*, bei Hal. *possedisse* fehlt). L. 1. Cod. 3. 34. Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito per iudicem exercere non prohiberis; is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi nec clam nec precario possidet. L. 2. Cod. eod. Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Quodsi ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertineat, cuius est possessio.

[2] Streitig: a) die Anwendbarkeit dieser Ersitzung auf servitutes discontinuae? auf negative? auf persönliche? Die erste von manchen ältern Rechtsgelehrten, die zweite noch neuerdings von Bessel im civ. Arch. XIII. 19., die letzte von Neustetel und Zimmern römisch-rechtl. Unterss. Nr. V. bestritten; die herrschende Meinung gegen die Beschränkung, arg. L. 12. in f. cit. b) die Anwendbarkeit bei usucapionsunfähigen Sachen? Bang. §. 351. a. E., daher Zulässigkeit dreißigjähriger Ersitzung? Seuffert §. 175. c) die Bestimmung der Ersitzungszeit? Zimmern a. a. O. d) ob nicht iustus titulus erforderlich sey? Bessel a. a. O. e) ob bona fides? nach R. R.? arg. L. 25. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 1. §. 10. D. de aqua quot. 43. 20. Mühlenbruch §. 289. not. 8. Busch im civ. Arch. XXXII. 1., nach can. Rt? vgl. Unterholzner Verjährungslehre §. 210. f) ob Wissenschaft des Eigenthümers der dienenden Sache? vgl. Unterholzner §. 212. Hasse im Rh. Mus. II. S. 400 fg. Vgl. überhaupt noch Bang. §. 351. Puchta §. 188. Unterholzner §. 187...216.

[a] L. 10. pr. D. si serv. vind. 8. 5. L. 5. §. 3. D. de itin. 43. 19. L. 1. §. ult. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 1. 2. Cod. de serv. 3. 34. L. 12. in f. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. [b] arg. cap. 20. X. de praescript. 2. 26. (§. 109.)

Seuffert Erörtr. II. S. 60. fg. Hoffmann und Fuhr civilrtl. Verſ. I. 1. Buss de servitutum quam vocant acquisitivam praescriptione. Friburg. 1829. Seuffert's Arch. I. 178. 179. 323. 408. II. 141. III. 10. 11. V. 144. 255 VI. 154.

[3] Ueber den Beweis der Servitutenerſitzung insbeſondere vgl. noch Seckendorff im civ. Arch. IV. 11. Haſſe a. a. O. S. 394. fg. Buſch im civ. Arch. XXXI. 1. 12.

§. 190.

C. Kraft geſetzlicher Beſtimmung.

Nur der Nießbrauch entſteht in einigen Fällen ipso iure kraft geſetzlicher Beſtimmung (ſog. ususfructus legalis); nämlich für den Vater an den bona adventitia der Kinder [a], für den Parens, der eine andere Ehe eingeht, an den zu Gunſten der Kinder aus früherer Ehe verwirkten Gütern [b], und in Folge der Eheſcheidung für den unſchuldigen Ehegatten an den von dem ſchuldigen Ehegatten verwirkten Gütern, deren Proprietät den Kindern zufällt [c].

IV. Schutz der Dienſtbarkeiten.

§. 191.

A. Schutz des Rechtes. *Confessoria in rem actio.*

Um das Recht der Dienſtbarkeit geltend zu machen, iſt eine dingliche Klage gegeben, confessoria in rem actio, vindicatio servitutis, ein Gegenſtück der negatoria in rem actio [a]. Sie ſteht dem Servitutberechtigten zu [b], alſo bei Grunddienſtbarkeiten dem Eigenthümer des herrſchenden Grundſtücks [c], von mehreren Miteigenthümern, wegen der Untheilbarkeit des Rechts, jedem einzelnen in solidum [d], der Berechtigte möge im Beſitze des Rechtes ſeyn oder nicht [e], gegen jeden, welcher ihn in der Ausübung des Rechtes ſtört oder dieſes beſtreitet [f], bei perſönlichen Dienſtbarkeiten vorzüglich gegen denjenigen, welcher dem Berechtigten wider ſein Recht die Detention der Sache vorenthält [g], doch auch gegen

[a] Cod. de bon. mat. 6. 60. de bonis quae lib. 6. 61. [b] L. 3. §. 1. L. 5. Cod. de secund. nupt. 5. 9. nov. 22. cap. 23... 26. 46. §. 2. (§. 147.). [c] L. 11. §. 1. 2. Cod. de repud. 5. 17. nov. 117. cap. 1. 2.

[a] Dig. si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur. 7. 6. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. 8. 5. (§. 169.). [b] L. 5. pr. D. si usufr. pet. [c] L. 1. 2. §. 1. L. 6. §. 3. D. si serv. vind. 8. 5. cf. L. 16. D. de serv. 8. 1. L. 3. §. 9. D. de op. n. n. 39. 1. (§. 195.). [d] L. 4. §. 3. L. 6. §. 4. si serv. vind. L. 1. §. 5. D. de arb. caed. 43. 27. [e] L. 6. §. 1. L. 8. §. 3. D. si serv. vind. L. 5. §. 6. D. si usufr. pet. [f] L. 4. §. 5. L. 10. §. 1. D. si serv. vind. 8. 5. (§. 169. Anm. 3.) [g] L. 5. §. 5. 6. D. si usufr. pet. L. 60. §. 1. D. de usufr. 7. 1.

denjenigen, der sich nur eine partielle Anmaßung gegen dieselbe erlaubt, daher insbesondere gegen den, der den Berechtigten an der Ausübung einer dem dienenden Grundstück zustehenden Grunddienstbarkeit hindert [h]. Die Klage bezweckt zunächst Anerkennung des Servitutrechts, und in dieser Beziehung wirkt bei Grunddienstbarkeiten das von einem Miteigenthümer erstrittene günstige Urtheil zugleich zum Vortheil der übrigen [i], wie andrerseits das ungünstige, im Fall gehörig geführten Rechtstreites, auch gegen die übrigen wirkt [k]. Ist die Servitut während des Rechtstreites durch Nichtausübung verloren (§. 194. a. E.), so muß sie wiederhergestellt werden [l]. Außerdem muß die Verletzung aufgehoben und dem Kläger wegen des durch die verübte Störung erlittenen Nachtheils Ersatz geleistet [m], bei persönlichen Dienstbarkeiten insbesondere die vorenthaltene Sache nebst den dem Kläger gebührenden Früchten, in ähnlicher Weise wie bei der Eigenthumsklage, herausgegeben [n], fernere Störung aber, nach Umständen unter Auferlegung einer cautio de non amplius turbando, untersagt werden [o]. Bei der servitus oneris ferendi kommt zudem noch die Verbindlichkeit zur Instandhaltung der lasttragenden Mauer in Betracht [p].

Uebrigens kann die confessoria in rem actio auch als quasi Publiciana actio, nach Analogie des §. 170, mit Erfolg angestellt werden [q], sowohl von demjenigen, welchem ein nach §. 170 zur Publiciana in rem actio Berechtigter eine Servitut eingeräumt hat, als von demjenigen, welchem als redlichem Besitzer eines Grundstücks für dieses eine Servitut eingeräumt worden ist.

Anm. Die Publicianische Servitutenklage betreffend sagt L. 11. §. 1. D. 6. 2. Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur, itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci; item rusticorum; nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat. Nach ihrem ursprünglichen Sinn hatte diese Stelle wahrscheinlich zunächst den Fall im Auge, wenn der wahre Eigenthümer ohne die nach älterm Recht erforderliche in iure cessio eine Servitut durch quasi traditio eingeräumt

[h] L. 1. pr. D. si ususfr. pet. L. 1. §. 4. D. de remiss. 43. 25. [i] L. 4. §. 3. D. si serv. vind. [k] L. 19. D. eod. [l] L. 5. §. 5. D. si ususfr. pet. L. 8. §. 4. D. si serv. vind. [m] L. 4. §. 2. 3. L. 6. §. 6. eod. L. 5. Cod. de serv. 3. 34. [n] L. 5. §. 3...6. D. si ususfr. pet. [o] L. 7. D. si serv. vind. cf. L. 7. D. de aqua quot. 43. 20. 3 R. R. § 162. [p] L. 6. §. 4...7. D si serv. vind. [q] L. 11. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. cf. L. 1. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3. L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4.

hatte, analog dem Fall der Veräußerung einer res mancipi durch bloße Tradition: arg. verb. *per domum suam*, worauf ohne Zweifel auch L. 1. §. 2. und L. 1. pr. 7. 4. ſich bezogen. In dieſem Fall aber entſteht nun nach Juſtinianiſchem Recht eine vollkommene Servitut. Jetzt iſt daher die Stelle auf die im Text bezeichneten Fälle zu deuten. Nun möchte man freilich ſagen, es könne dabei nach Juſtinianiſchem Rechte auf die quasi traditio nicht ankommen, wenn ſchon durch bloßen Vertrag die Servitut entſteht (§. 188.), ſowie nach §. 170. die Publiciana actio Beſitz nicht erfordert, wo der Eigenthumserwerb nicht durch dieſen bedingt iſt. Allein ein Argument gegen die Richtigkeit jenes Satzes (Bang. S. 859.) kann man daraus, daß die Compilatoren dieſe Stelle als willkommene aufnahmen, um ſo weniger herleiten, als einestheils in der servitutis quasi traditio eine handgreifliche Einräumung der Servitut enthalten iſt, und anderntheils bei der eigentlichen Publiciana actio Beſitzerwerb als eine regelmäßige Vorausſetzung denſelben vorſchwebte. Die herrſchende Meinung nimmt übrigens keine Rückſicht darauf, ob der Einräumende publicianiſcher Beſitzer oder etwa ſogar malae fidei possessor war. Aber dagegen ſpricht nicht nur die Analogie des Pfandrechts: L. 18. 21. §. 1. D. de pign. 20. 1. und die Unanwendbarkeit der Fiction der usucapio in directer Beziehung auf Servituten (§. 189. Anm. a.), ſondern auch analog ein ähnliches Bedenken, als welches gegen die unbeſchränkte Zuläſſigkeit der Publiciana actio für denjenigen, welcher ohne Beſitzerwerb von einem Andern das Eigenthum erworben zu haben glaubt, geäußert worden iſt von Bang. I. S. 756. Schmid I. S. 361. not. 22. — Von Puchta §. 186. 191. ferner wird angenommen, daß der bonae fidei possessor eines Grundſtücks dieſem eine Servitut ipso iure erwerben und nicht bloß Publicianam ſondern directam confessoriam actionem anſtellen könne; dieß iſt aber durch keine Stelle belegt, und L. 11. §. 1. cit. ſpricht dagegen: arg. verb. *per domum suam*, wornach der Mangel nicht in der Perſon des Quaſitradenten, ſondern in der des Erwerbers zu ſuchen iſt.

§. 192.

B. Schutz des Beſitzes der Dienſtbarkeiten.

Was den Beſitz der Dienſtbarkeiten betrifft, ſo finden

1) für die perſönlichen Dienſtbarkeiten, deren Ausübung mit der Detention der Sache verbunden iſt, die zum Schutz des Eigenthumsbeſitzes beſtehenden Interdicte analoge Anwendung, ein interdictum uti possidetis oder utrubi utile [a] und ein interdictum de vi utile [b], desgleichen das interdictum de precario [c], wenn die Ausübung der Dienſtbarkeit einem Andern auf Widerruf überlaſſen iſt [1].

2) Für einige Grunddienſtbarkeiten ſind beſondere Interdicte

[a] L. 4. D. uti possid. 43. 17. [b] L. 3. §. 13...17. L. 9. §. 1. L. 10. D. de vi. 43. 16. cf. fragm. Vat. §. 90. 91. [c] arg. L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1. L. 2. D. de precario. 43. 26.

aufgeſtellt, nämlich a) das interdictum de itinere actuque privato für Wegeſervituten [d], und zwar pertinens ad tuendas rusticas tantummodo servitutes [e], vorausſetzend daß das Recht innerhalb des letzten Jahres vor Anſtellung der Klage (im Fall beſonderer Hinderungen innerhalb des vorletzten) wenigſtens an dreißig Tagen [1] ausgeübt worden ſey, nec vi nec clam nec precario ab adversario. Daneben beſteht noch ein beſonderes interdictum de itinere reficiendo, wobei aber zugleich das Recht der Servitut nachzuweiſen iſt [f]. b) interdictum de aqua für das Recht der Waſſerleitung [g], es beſtehe zum Vortheil eines praedium rusticum oder urbanum [h], vorausſetzend wenigſtens einmalige Ausübung des Rechts im letzten Jahr [i], wenn die Waſſerleitung in jeder Jahreszeit benutzt zu werden pflegt (aqua quotidiana), oder in den zwei letzten Sommerhalbjahren, dasjenige, in welchem die Klage angeſtellt wird, mitgerechnet [k], wenn nur im Sommer (aqua aestiva), oder ebenſo in den zwei letzten Winterhalbjahren, wenn nur in dieſer Jahreszeit das Waſſer benutzt wird [l], und zwar Ausübung in gutem Glauben [m] und nec vi nec clam nec precario [n]. Daneben ebenfalls ein interdictum wegen Ausbeſſerung, de rivis, unter denſelben Vorausſetzungen, ohne Beweis des Rechts [o]. Machen Mehrere Anſpruch auf dieſelbe Waſſerleitung (rivales), ſo findet unter ihnen duplex interdictum de aqua ſtatt [p]. c) interdictum de fonte, für das Recht des Waſſerſchöpfens, unter gleichen Vorausſetzungen wie das interdictum de aqua [q], desgleichen ein interdictum de fonte reficiendo [r]. d) interdictum de cloacis (privatis), welches zwar nur auf Geſtattung der Reinigung und Ausbeſſerung eines beſtehenden Abzugcanals geht, ohne weitere Vorausſetzungen [s], eben dadurch aber zugleich Schutz im Beſitze des Rechts gewährt [3]. Bei dieſem, wie bei den andern Interdicten auf Ausbeſſerung, muß übrigens dem Beſitzer des dienenden Grundſtücks wegen der für denſelben zu befürchtenden Beſchädigung Caution geleiſtet werden [t].

[d] Dig. de itinere actuque privato. 43. 19. [e] L. 1. §. 1. D. l. c. [f] L. 3. §. 11 .. L. 5. D. l. c. [g] Dig. de aqua quotidiana et aestiva. 43. 20. [h] L. 1. §. 11. 13. 14. D. l. c. [i] L. 1. pr. §. 4. 22. D. l. c. [k] L. 1. §. 29...36. L. 6. D. l. c. [l] L. 1. §. 35. D. l. c. [m] L. 1. §. 10. 19. D. l. c. [n] L. 1. §. 10. 20. D. l. c. [o] Dig. de rivis. 43. 21. [p] L. 1. §. 26. D. de aqua. 43. 20. [q] Dig. de fonte. 43. 22. [r] L. un. §. 6. D. l. c. [s] Dig. de cloacis. 43. 23. [t] L. 1. pr. D. l. c L. 1. §. 9. D. de rivis. 43. 22. L. 3. §. 11. D. de aqua quot. 43. 20.

3) Der Beſitz derjenigen Dienſtbarkeiten, deren Ausübung im Daſeyn einer bleibenden Vorrichtung an dem herrſchenden Grundſtück beſteht, alſo in der Regel der Beſitz der affirmativen Gebäudedienſtbarkeiten, iſt durch das interdictum uti possidetis in Betreff des herrſchenden Grundſtücks geſchützt [u], deſſen Beſitz zugleich den Beſitz jener Dienſtbarkeiten in ſich ſchließt [4].

4) In Anſehung der übrigen Dienſtbarkeiten iſt die Statthaftigkeit eines Beſitzſchutzes nach römiſchem Recht nicht zu erweiſen [5]; nach heutigem Recht aber wird derſelbe, dem praktiſchen Bedürfniß entſprechend und mit Rückſicht auf die Grundſätze des canoniſchen Rechts über Spoliation, auch hier nicht verſagt [6].

Anm. [1] Die Anwendbarkeit des int. de precario wird beſtritten von Puchta §. 239. not. b., da der Uſufructuar zwar die Ausübung ſeines Rechts precario überlaſſen, aber nicht den juriſtiſchen Beſitz des Rechts, weil auch nicht das Recht ſelbſt, übertragen könne; aber weſentliche Vorausſetzung dieſes Interdicts iſt nur Entziehung des juriſtiſchen Beſitzes nach precario eingeräumtem habere. Savigny Rt des Beſitzes, S. 583.

[2] L. 1. §. 2. D. de itin. Sive igitur habuit ius viae sive non habuit, in ea conditione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, *si modo anno unus est vel modico tempore, id est, non minus quam triginta diebus.* cf. L. 1. §. 12. eod. „*supradicto tempore anni.*" Man hat den Schluß der L. 1. §. 2. cit. erklären wollen: „im letzten Jahre wenigſtens während eines mäßigen Zeitraums, alſo mindeſtens während dreißig Tagen" (Althof, das int. de itinere actuque priv. Rinteln 1836. Vang. §. 355. Anm. 1.), als hieße es: *triginta dierum* (Puchta §. 139. not. o.); „alſo 29 Tage hintereinander wären unzureichend, 2 Tage aber, die 3 Monate auseinander lägen, hinreichend." Sav. S. 197. not. 2.

[3] Eine ausführliche Erörterung über dieſes Interdict, ſowie über das de cloacis publicis, gibt Schmidt (von Ilmenau) in der Ztſchr. für geſch. Rtsw. XV. 3.

[4] Beſtritten wird dieß u. a. von Vang. §. 355. Anm. 2. vgl. oben §. 171. Anm. 2. Aber wenn als Gegenbeweis L. 3. §. 5. D. uti possid. angeführt wird, ſo gibt dagegen ſofort §. 6. ibid. den Beweis: Labeo quoque scribit: ex aedibus meis in aedes tuas proiectum habeo; interdicis mecum, *si eum* (sic: *uti*) *locum possideamus, qui proiecto tegetur:* An (vielleicht *At?*) quo facilius possim retinere possessionem eius proiectionis, interdico tecum sic: *uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectum est?* welche Frage, wenn man ſie nicht durch die angedeutete Textbeſſerung *At* beſeitigt hält, nach dem folgenden §. 7. als bejaht anzuſehen iſt. Rudorff in der Ztſchr. für geſch. Rtsw. XI. S. 348. fg. vgl. Schmidt Interdictenverfahren S. 64. Eine Ausnahme: L. 1. pr. D. uti possidetis . . . . „*De cloacis hoc interdictum*

[u] L. 8. §. 5. D. si serv. vind. 8. 5. L. 3. §. 5...7. D. uti possid. 43. 17. cf. L. 5. §. 10. D. de op. n. n. 39. 1.

non dabo." Vgl. not. s. Sav. a. a. O. S. 605...608. Dieſer nimmt dieſelbe Regel auch für negative Servituten an, ebenſo u. a. Puchta §. 139. not. g.; aber dagegen ſpricht L. 5. §. 10. D. de op. n. n. „si *in suo* quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria." Rudorff a. a. O. S. 352. und Anm. zu Puchta §. 396. not. d. Vgl. auch Bruns Rt des Beſitzes S. 90. fg. Schmidt in Linde's Ztſchr. n. F. I. S. 377.

[b] Viele halten allgemein das interdictum uti possidetis für anwendbar, arg. L. 20. D. de serv. 8. 1. Quoties via aut aliquod ius fundi emeretur .... ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse, *ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.* Mühlenbruch §. 293. not. 14...17. Dagegen Sav. und Bruns a. a. O., vgl. jedoch Anm. 4. a. E.

[c] Sav. S. 631. Vgl. Puchta §. 139. a. E. „Vielmehr ſind (ſtatt der ſog. actio spolii) jene beſondern Interdicte analog anzuwenden, bei ſolchen, deren Ausübung in bloßen Handlungen beſteht, die Grundſätze vom interdictum de itinere, bei ſolchen, deren Ausübung nicht ohne eine beſondere umſtändlichere Vorrichtung möglich iſt, die von dem interdictum de aqua und den übrigen." Aber für manche s. p. r., z. B. s. arenae fodiendae, lapidis eximendi und dgl. möchte die Analogie des int. de itinere mit ſeiner feſten Zeitbeſchränkung nicht wohl paſſen. Daher fordern Andre allgemein nur Beſitz und Ausübung im letzten Jahre. Seuffert §. 418. a. E. Dagegen wird aller Beſitzesſchutz der Servituten, außer in den Fällen num. 1. und 2., noch verworfen von Bang. §. 355. (5. Aufl.) Doch nein: in der 6. Aufl. S. 894. erkennt Bang. eine abweichende deutſchrechtliche Praxis an, welcher alle Berechtigung abſprechen zu wollen, ihm nie eingefallen ſey. Vgl. Seuffert's Arch. V. 171. VI. 158.

V. Aufhebung der Dienſtbarkeiten [a].

§. 193.

A. Durch den Willen des Berechtigten.

Durch Verzichtleiſtung des Berechtigten kann jede Dienſtbarkeit (der Nießbrauch auch theilweiſe) aufgehoben und ſo die Freiheit des Eigenthums hergeſtellt werden. Sie geſchieht, wie die Beſtellung, durch einfachen Vertrag [b], auch ſtillſchweigend, z. B. wenn der Nutznießer ohne Vorbehalt in die Veräußerung der dienenden Sache einwilligt [c], oder wenn der Servitutberechtigte eine Aenderung an der dienenden Sache geſtattet, welche die fernere Ausübung des Rechts hindert [d]. Bei Grunddienſtbarkeiten iſt Einwilligung aller Miteigenthümer des berechtigten Grundſtücks erforderlich [e]. Auch

[a] Dig. quibus modis ususfructus vel usus amittitur. 7. 4. quemadmodum servitutes amittuntur 8. 6. [b] §. 3. J. de usufr. 3. 4. L. 14. §. 1. D. de serv. 8. 1. [c] L. 4. §. 12. D. de doli mali exc. 44. 4. [d] L. 8. pr. D. h. t. 8. 6. [e] L. 34. pr. D. de s. p. r. 8. 3. (§. 183. not. u.).

durch Vermächtniß kann dem Eigenthümer der dienenden Sache die Freiheit von der Servitut gewährt werden [1]. Die Einräumung des Servitutrechts an einen Andern, als den Eigenthümer der dienenden Sache, iſt ohne Wirkung [2].

Anm. [1] §. 3. J. 2. 4. . . . Item finitur ususfructus, si domino proprietatis cedatur (nam cedendo extraneo nihil agit). Gai. II. 30. Ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem; alii vero in iure cedendo nihilominus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi. — Nach älterm Recht war zu vollkommener Aufhebung der Servituten durch Vertrag in iure cessio, deren Form als eine ſcheinbare vindicatio libertatis rei zu denken iſt, erforderlich (oder bei s. p. r., als res mancipi, remancipatio), Gai. l. c. Paul. III. 6. §. 30.; aber der bloße Vertrag gewährte ohne Zweifel Exceptionsſchutz gegen fernere Ausübung des Rechts, arg. L. 4. D. de serv. 8. 1., welches dann non utendo ganz verloren ging; daher auch exceptio doli (not. c.). Im Juſtinianiſchen Recht iſt auch hier wie bei der Beſtellung an die Stelle der in iure cessio ein einfaches cedere getreten. Was nun aber die Wirkung ſolcher Ceſſio an einen Extraneus betrifft, ſo ſcheint mit §. 3. J. cit. im Widerſpruch zu ſtehen L. 66. D. de iure dotium. 23. 3. Si ususfructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri, quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi (urſprünglich: *in iure cedi*) non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Ueber die verſchiedenen Erklärungsverſuche vgl. Puggé im Rh. Muſ. I. S. 145. fg., Bang. §. 344. Anm. 3., Löhr in Linde's Ztſchr. XIII. 7., Dernburg daſ. n. F. II. 2., Arndts daſ. VIII. 4. In Betreff des Uſusfructus iſt die Streitfrage praktiſch unerheblich, da die formloſe Conceſſio deſſelben an einen Dritten immer als Ueberlaſſung der Ausübung deſſelben aufzufaſſen ſeyn wird, welche allerdings möglich iſt (§. 172. Anm. 3.). Aber der Grundſatz, den die Stellen in not. g. in Betreff des Uſusfructus enthalten, muß gleicher Weiſe auch in Anſehung aller andern Servituten gelten, die weder der Ausübung noch dem Rechte nach übertragbar ſind. Daher iſt es wichtig, den Satz abzuwehren, den Manche in L. 66. cit. haben finden wollen, daß der Verſuch einer Uebertragung der Servitut den Verluſt derſelben bewirke.

[2] Eine Aufhebung der Servituten durch Dereliction, wie Manche behaupten (Buchta §. 190. not. k.), gibt es nicht. Nach L. 64. 65. pr. D. de usufr. 7. 1. kann zwar der Uſufructuar durch Aufgeben des Uſusfructus auch wider Willen des Eigenthümers für die Zukunft den für ihn daraus hervorgehenden Verbindlichkeiten ſich entziehen, aber aus der einſeitig erklärten nicht acceptirten Verzichtleiſtung erwirbt der Eigenthümer kein Recht, ſo lange die Servitut nicht

[1] L. 86. §. 4. D. de legat. I. [2] §. 3. J. l. c.

durch Nichtgebrauch erloschen ist. Fritz Erläutr. I. S. 386. fg. Sint. §. 66 not. 12. Seuffert §. 177. not. 2 a.

§. 194.

B. Aus andern Gründen.

Ohne Rücksicht auf den Willen des Berechtigten werden die Dienstbarkeiten vorerst aus den allen dinglichen Rechten gemeinschaftlichen Gründen aufgehoben (§. 127. 128), wobei nur zu bemerken ist, daß mit dem Untergang der Sache [a] in Ansehung der persönlichen Dienstbarkeiten auch schon eine gänzliche Veränderung der dienenden Sache gleiche Wirkung hat [b]. Sodann erlöschen dieselben, wie alle Rechte an einer fremden Sache, nothwendig durch Confusion, d. i. durch Vereinigung des Servitutrechts und des Eigenthums in einer Person [c], beim Nießbrauch insbesondere Consolidatio genannt [d]. Außerdem werden dieselben noch aufgehoben 1) durch den Untergang des berechtigten Subjects [1], d. i. bei persönlichen Dienstbarkeiten durch den Tod der Person [e], bei Grunddienstbarkeiten durch den Untergang des berechtigten Grundstücks [f]; 2) durch den Eintritt eines Endtermins, bis zu welchem die Servitut bestellt ist, und zwar persönliche Dienstbarkeiten ipso iure [g], Grunddienstbarkeiten jedoch nur ope exceptionis [h]; 3) durch Nichtausübung, non utendo, per longum tempus, d. h. für Anwesende in zehn, für Abwesende in zwanzig Jahren [i], ohne Unterschied zwischen Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Sachen [2], jedoch, wenn das Recht nur in Zwischenräumen von einem Monat oder mehr ausgeübt werden konnte, immer erst in zwanzig Jahren [k]. Zur Unterbrechung dieser Verjährung genügt bei persönlichen Dienstbarkeiten jede Ausübung des Rechts, nicht nur durch den Berechtigten selbst, sondern auch, soweit eine Ueberlassung der Ausübung an Andere möglich ist, durch eine Mittelsperson, und sofern jener für die überlassene Ausübung eine Vergütung empfangen hat, ist selbst die Nichtausübung von Seiten der Mittelsperson unschädlich [l]. Bei

[a] L. 23. 24. D. h. 7. 4. L. 17. pr. D. de usufr. 7. 1. cf. L. 20. §. 2. D. de s. p. u. 8. 2. [b] L. 5. §. 2. .. L. 12. D. h. t. 7. 4. L. 36. 71. D. de usufr. 7. 1. cf. Pauli sentt. III. 6. §. 31. [c] L. 1. D. h. t. 8. 6. cf. α) L. 8. §. 1. D. de serv. 8. 1. β) L. 18 eod. L. 9. D. comm. praed. 8. 4. [d] §. 3. J. de usufr. 2. 4. L. 78. §. 2. D. de iure dot. 23. 3. [e] §. 3. J. l. c. cf. L. 56. D. de usufr. 7. 1. [f] cf. L. 3. D. h. t. 8. 6. [g] L. 15. D. h. t. 7. 4. L. 5. Cod. de usufr. 3. 33. [h] L. 4. D. de serv. 8. 1. [i] L. 16. pr. §. 1. Cod. de usufr. 3. 33. L. 13. Cod. de serv. 3. 34. cf. L. 4. §. 27. D. de usurp. 41. 3. [k] L. 14. Cod. l. c. L. 7. D. h. t. 8. 6. [l] L. 12. §. 2. L. 38...40. D. de usufr. 7. 1.

Grunddienſtbarkeiten dagegen wird die Verjährung durch jede für das herrſchende Grundſtück, wenn auch nicht im Namen des Eigenthümers, vorgenommene (vollſtändige oder unvollſtändige) Ausübung unterbrochen [m]. In Anſehung derjenigen Grunddienſtbarkeiten jedoch, deren Ausübung in einem gewiſſen dauernden Zuſtande beſteht, affirmativen oder negativen, iſt die bloße Nichtausübung allein zur Verjährung nicht hinreichend, ſondern es wird auch Erſitzung der Freiheit des Eigenthums (usucapio libertatis) von der andern Seite vorausgeſetzt [3], und dieſe erfordert, daß das dienende Grundſtück die Verjährungszeit hindurch in ſervitutfreiem Zuſtande beſeſſen worden ſey [n].

Anm. [1] Dauer des Nießbrauchs juriſtiſcher Perſonen: L. 56. in f. D. 7. 1. . . . Et placuit, centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est. — Verluſt des Uſusfructus und Uſus (nicht auch der habitatio und operae: L. 10. D. de cap. min. 4. 5. L. 1. 2. D. de operis. 7. 7.) durch capitis deminutio, nach älterm Rechte durch jede, nach Juſtinianiſchem Recht nur mehr durch maxima und media cap. dem.; L. 16. §. 2. Cod. de usufr. 3. 33. §. 3. J. 2. 4. cf. Pauli sentt. III. 6. §. 9.; jetzt unpraktiſch: §. 28. — Beſtellung perſönlicher Servituten für die Erben: L. 5. pr. D. h. t. 7. 4. L. 38. §. 12. D. de V. O. 45. 1. L. 14. Cod. de usufr. 3. 33. Uebergang der Operä auf die Erben? L. 2. D. de usu leg. 33. 2. Beſondere Beſtimmung in Betreff des dem Vater durch das Kind erworbenen Nießbrauchs: L. 17. Cod. l. c.

[2] L. 16. §. 1. Cod. de usufr. . . . Sed nos hoc decidentes sancimus, non solum actionem, quae de usufructu nascitur, sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere, nisi tantummodo morte usufructuarii et ipsius rei interitu; sed usumfructum, quem sibi aliquis acquisivit, hunc habeat dum vivit intactum . . . . nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiamsi dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere. (Just. a. 530.) — L. 13. Cod. de servit. Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio, quia tantummodo soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, explosis differentiis. §. 3. J. de usufr. Finitur autem ususfructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus, quae omnia

[m] L. 5. 6. pr. §. 1. L. 8. §. 1. L. 9. L. 20...25. D. h. t. 8. 6. cf. L. 11. pr. eod. L. 10. §. 1. L. 17. 18. pr. §. 1. eod. [n] L. 4. §. 29. D. de usucap. 41. 3. L. 6. 7. 32. pr. D. de s. p. u. 8. 2. L. 18. §. 2. D. h. t. 8. 6.

nostra statuit constitutio. Ueber das ältere Recht vgl. Pauli sentt. I. 17. III. 6. §. 30. L. 4. §. 27. D. 41. 3, wo *per longum tempus* interpolirt ist für *biennio*. Gegen die falsche Meinung, als ob jetzt, nach L. un. Cod. de usucap. transform. v. J. 531, der Nießbrauch an beweglichen Sachen in 3 Jahren erlösche: Unterholzner Verjährungslehre §. 223. — Der Nießbrauch kann non utendo auch theilweise erlöschen. L. 14. 20. 25. D. h. t. 7. 4. — Ausgeschlossen ist diese Endigungsart bei dem iter ad sepulcrum, L. 4. D. h. t. 8. 6., bei habitatio und operae, L. 10. pr. D. de usu. 7. 8. L. 2. D. de usu. leg. 33. 2., unanwendbar auf den ususfructus alternis annis datus. L. 28. D. h. t. 7. 4. L. 13. D. de usu leg. 33. 2. cf. not. k. Die Bestimmung dieser Note wollen übrigens Manche auf alle nur in Zwischenräumen von mehr als einem Tage auszuübenden Servituten ausdehnen: arg. L. 7. D. cit. Itaque et si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat, duplicato constituto tempore (ursprünglich: *biennio*) amittitur; idem et de itinere custoditur; si vero alternis diebus, aut die toto aut tantum nocte, statuto legibus tempore *(biennio)* amittitur, quia una servitus est. Nam et si alternis horis vel una hora quotidie aquam habeat, Servius scribit, perdere eum non utendo servitutem, quia id, quod habet, quotidianum sit. Die L. 14. Cod. cit. betrifft den Fall, wenn Jemand uno tantummodo die per quinquennium iter habet.

[3] Ueber die usucapio libertatis vgl. L. ß. D. de s. p. u. Haec autem iura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita si vicinus simul libertatem usucapiat, veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum *(meum)* permanet. L. 32. §. 1. eod. Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur. Quare si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est, is autem, qui postea aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet. Natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet. — L. 18. §. 2. D. h. t. Si, cum ius haberes immittendi, vicinus statuto tempore aedificatum non habuerit, ideoque nec tu immittere poteris, non ideo magis servitutem amittes, quia non potest videri usucepisse vicinus libertatem aedium suarum, qui ius tuum non interpellavit. — Streitfrage: ob nach L. 16. Cod. de usufr. nicht auch bei dem Usufructus usucapio libertatis erforderlich sey? ob nicht nach L. 13. Cod. de serv. bei allen Dienstbarkeiten? oder ob sie darnach für alle entbehrlich geworden? Vgl. Unterholzner

§. 217...225. Bang. §. 357. Puchta Vorles. §. 190. — Daß usucapio libertatis bei allen Dienstbarkeiten, mit Ausnahme der Wegedienstbarkeiten, des Wasserleitungs- und Wasserschöpf-Rechts, erfordert werde, sucht auszuführen Zachariä, über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae. Heidelb. 1844., womit auch übereinstimmt Elvers §. 40.

Viertes Capitel.

Von der Emphyteuse und Superficies.

§. 195.

Die Emphyteusis [a] und Superficies [b] sind dingliche Nutzungsrechte an unbeweglichen Sachen, welche theils durch ihren Umfang, indem sie die Befugniß vollständiger Benutzung und fast unbeschränkter Verfügung über die Sache gewähren, theils durch ihre Veräußerlichkeit und Vererblichkeit dem Eigenthum so nahe kommen, daß sie häufig für Arten eines beschränkten Eigenthums gehalten worden sind, welche aber in Wahrheit gleichwohl nur Rechte an einer fremden Sache sind [c], von den Dienstbarkeiten dadurch verschieden, daß bei ihnen nicht die diesen eigenthümliche Beschränkung bezüglich des Subjects des Berechtigten stattfindet [1]. Sie haben ihren Ursprung darin, daß mit gewissen Verpachtungen und Vermiethungen [d], zunächst durch das prätorische Edict, die Wirkung eines dinglichen Rechts verbunden wurde [2], welches durch eine utilis rei petitio, analog der rei vindicatio des Eigenthümers, sowohl gegen den Eigenthümer selbst wie gegen jeden Dritten, geschützt ist [e]. Auch sind die Berechtigten, gleich dem Eigenthümer, befugt, die der Sache zustehenden Dienstbarkeiten durch utiles confessoriae actiones geltend zu machen [f], sowie sie denn auch für die Sache Dienstbarkeiten erwerben, und an derselben, so weit ihr Recht sich erstreckt, Andern einräumen können [g]. Als dingliche Nutzungsrechte können auch die Emphyteusis und Superficies Gegenstand des Besitzes

[a] Dig. si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur. 6. 3. Cod. de iure emphyteutico. 4. 66. [b] Dig. de superficiebus. 43. 18. [c] L. 1. §. 1 D. si ager vect. 6. 3. L. 3. §. 4. D. de reb. eor. 27. 9. L. 71. §. 5. 6. D. de legat. I. — L. 2. D. de superficieb. 43. 18. L. 86. §. 4. D. de legat. I. [d] §. 3. J. de locat. cond. 3. 24. Gai. III. 145. — L. 1. §. 1. .. 3. D. de superfic. 43. 18. [e] L. 1. §. 1. L. 3. D. si ager vect. 6. 3. — L. 1. pr. §. 1. 3. D. de superfic. 43. 18. L. 73. §. 1. .. L. 75. D. de rei vind. 6. 1. [f] L. 16. D. de serv. 8. 1. — L. 1. §. 9. D. de superfic. 43. 18. [g] L. 1. §. 6. 9. D. l. c. L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. am 7. 4.

(iuris quasi possessio) seyn (§. 129), welcher durch Erlangung des natürlichen Besitzes der Sache, mit der Absicht, das Recht der Emphyteuse oder Superficies daran auszuüben, erworben wird[3]. Uebrigens sind beide noch als praktische Institute des gemeinen Rechts anzuerkennen, wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß die Emphyteuse im römischen Sinn selten vorkommt, und deren Normen häufig unberechtigter Weise auf andre nur verwandte Rechtsverhältnisse angewendet worden sind[4], die Superficies aber, wo sie vorkommt, der praktischen Auffassung sich einfach als Eigenthum an dem Gebäude oder einem Theile desselben darstellt.

Anm. [1] Die ältere Ansicht von einem sog. dominium utile des Emphyteuta und Superficiar ist mit Erfolg widerlegt von Thibaut Vers. II. 3. (§. 134. Anm.), die Annahme eines wahren Eigenthums des Emphyteuta (Savigny R. des Besitzes, 2. Ausg. S. 99.) von demselben, in d. civ. Abh. Nr. XI. Einen wesentlichen Unterschied der Emphyteuse und Superficies von den Servituten hat man darin finden wollen, daß bei jenen Eigenthumsbefugnisse nur der Ausübung, nicht dem Rechte nach, nicht als „ein eigenes Recht", einem Andern eingeräumt seyen. Bischel Erörtr. 2. Ausg. Bd. I. S. 304. fg., ähnlich Elvers §. 34. Vgl. dagegen Arndts, über die Natur des emphyteutischen Rechts in Linde's Ztschr. n. F. III. 7. Kuntze in d. heidelb. Ztschr. II. S. 263.

[2] Ueber den Ursprung der Emphyteuse vgl. Vuy, de origine et natura iuris emphyteutici. Heidelb. 1838. Puchta Inst. II. §. 245.; über den Ursprung der Superficies: Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XI. 7. — Für die Emphyteuse oder das Recht am ager vectigalis nimmt Bischel a. a. O. civilrechtlichen Ursprung an. Dagegen Arndts a. a. O. S. 280. fg.

[3] Dem Besitzer der Superficies legen Manche, dem der Emphyteuse fast Alle (hauptsächlich wegen L. 15. §. 1. D. qui satisdare cog. 2. 8. „Sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur") juristischen Besitz der Sache selbst (corporis possessio) bei, wodurch denn ein selbstständiger Rechtsschutz des Eigenthumsbesitzes ausgeschlossen seyn würde. Beides ist so ungegründet als praktisch unangemessen. Vgl. §. 135. Anm. 2. Thibaut Pand. §. 208. Dernburg Abh. S. 80. fg., auch Rudorff zu Puchta §. 157. not. b. Dagegen freilich wieder Böcking Inst. §. 126. not. b., aber, wie es scheint, nicht ohne „Mißverständnisse." Allerdings ist in dem §. 135. angeführten Aufsatz über den Besitz der Emphyteuse nicht nachgewiesen worden, daß die römischen Rechtsquellen den Emphyteuta als iuris quasi possessor darstellen, wohl aber a) daß diese auch keinen einzigen haltbaren Grund darbieten, denselben als juristischen possessor corporis anzusehen, daß namentlich L. 15. §. 1. cit. durchaus kein Argument dafür gebe, b) daß der Begriff des Rechtsbesitzes an sich auch auf die Emphyteuse anwendbar und zugleich vollkommen ausreichend sey, wenn nur damit die Besitzklagen analog wie mit dem Quasibesitz des Ususfructus verbunden werden, daß dagegen c) nach der herrschenden Ansicht für den (wirklichen oder thatsächlich als solchen sich

darstellenden) dominus emphyteuseos jeder Besitzesschutz wegfalle und dieser also nicht einmal desselben Schutzes sich erfreue, wie z. B. heutzutage der (Quasi-) Besitzer eines Zehnt- oder Grundzinsrechts, wenn man sich nicht herbeilasse, nun jenem auch anstatt der ihm mangelnden corporis possessio, wie diesen, eine iuris (sc. dominii emphyteuseos) quasi possessio beizulegen, und so zwar nicht die Emphyteuse, dafür aber das dominium emphyteuseos mit jenen germanischen Rechten zusammenzustellen.

[4] Die heutige Anwendbarkeit der Lehre von der Emphyteuse wird vielfach in Zweifel gezogen. Puchta §. 174. a. E. Sint. §. 55. Aber nicht nur ist die Möglichkeit der Begründung einer römischrechtlichen Emphyteuse durch Vertrag nach gemeinem Recht unzweifelhaft (ein Fall der Art aus jüngerer Zeit hat dem Spruchcollegium in Bonn vorgelegen), sondern es ist auch gewiß, daß namentlich kirchliche Emphyteusen aus älterer Zeit noch manche bis zu unserer Zeit fortbestanden haben. Auch französische Juristen halten sie noch für möglich (Toullier droit civil. III. §. 95. fg.), und das französische Finanzministerium erklärte durch Decret vom 7. Frimaire des Jahres XIV. die in den Rheinischen Departements noch bestehenden Emphyteusen, unter Hervorhebung einiger eigenthümlich römischer Bestimmungen, namentlich des Privationsrechts wegen dreijähriger Nichtbezahlung des Canon (§. 199.), ausdrücklich für fortdauernd gültig. Daniels Hdb. der für die k. preuß. Rheinprovinzen verkündigten Gesetze. Bd. IV. S. 613. 614. Die Kenntniß der römischrechtlichen Theorie ist übrigens schon deßhalb nothwendig, weil sie praktisch vielfachen Einfluß auf verwandte Verhältnisse ausgeübt hat.

I. Von der Emphyteusis insbesondere.

§. 196.

A. Begriff. Rechte des Emphyteuta.

Die Emphyteusis ist das dingliche, vererbliche und veräußerliche Recht an fremdem Grund und Boden auf vollständige eigenthumsgleiche Benutzung, nur mit der Beschränkung, daß die Sache nicht verschlechtert werde, und unter der Verpflichtung, an den Eigenthümer eine gewisse Abgabe (Canon) zu entrichten. Der Berechtigte heißt Emphyteuta oder Emphyteuticarius, der Eigenthümer dominus emphyteuseos, das Grundstück fundus (ager, praedium) emphyteuticus oder emphyteuticarius oder vectigalis. Man unterscheidet kirchliche und weltliche Emphyteusen, je nachdem das Eigenthum des Grundstücks zum Kirchengut gehört, oder dasselbe einen weltlichen Eigenthümer hat, sey es ein Privatmann, oder der Regent, oder eine juristische Person[a]. Der Emphyteuta hat das

[a] L. 1. D. h. t. 6. 3. L. 1. Cod. h. t. 4. 66. L. 2. Cod. ne rei domin. 7. 38. cf. L. 1. 5. 7. 12. Cod. de fundis patrimonialibus. 11. 61. L. 5. Theod. Cod. de locatione fundorum iuris emphyteutici et rei publicae et templorum. 10. 3.

Recht, die Sache nebst deren Accessionen vollständig, gleich dem Eigenthümer, zu nutzen [b], und erwirbt die natürlichen Früchte derselben sofort durch deren Trennung von der Hauptsache [c]; er darf auch beliebige Aenderungen an dem Grundstück vornehmen, sofern es nur dadurch nicht verschlechtert wird [d]. Das Recht selbst kann er veräußern [e], also auch durch Vermächtniß einem Andern zuwenden [f], und von selbst geht dasselbe auf die Erben des Emphyteuta über [g]; auch kann es, aus gleichen Gründen wie andre veräußerliche Vermögensgegenstände, wider Willen des Berechtigten auf einen Andern übertragen werden [h]. Zum Schutz seines Rechts hat der Emphyteuta eine utilis rei petitio, vectigalis actio genannt, gegen Jeden, der ihm den Besitz des Grundstücks vorenthält [i], auch als Publiciana actio dem redlichen Erwerber zuständig [k], desgleichen auch utilis negatoria und confessoria in rem actio nach Analogie des Eigenthümers [l], und ebenso werden ihm gleich diesem auch andere Klagen eingeräumt, welche die Abwendung oder Aufhebung von Beeinträchtigungen des Grundstücks bezwecken [m]. Der Besitz der Emphyteuse aber ist in gleicher Weise wie der Eigenthumsbesitz durch Interdicte geschützt [n]. Auf den im emphyteutischen Grundstück gefundenen Schatz hat der Emphyteuta keinen Anspruch, es sey denn als Finder [o]. Eine Emphyteuse kann übrigens auch Mehrern gemeinschaftlich zustehen, soll aber nicht ohne Zustimmung des Eigenthümers reell unter diesen getheilt werden [p].

Anm. [1] Neuere Bearbeitungen dieser Lehre: Arndts, die Emphyteuse, im Rtslex. III. S. 849...884. Schmid Hdb. II. §. 20...27. Vgl. §. 195. Anm. 1. 2.

[2] Streitfrage: ob der Gegenstand der Emphyteuse ein praedium rusticum seyn müsse? oder auch ein praedium urbanum, ein Gebäude als Hauptsache, seyn könne? nov. 7. cap. 3. nov. 120. cap. 1. §. 2. Vgl. Arndts a. a. O. S. 853. fg. Schmid not. 11.

[b] §. 3. J. de locat. cond. 3. 24. L. 1. §. 1. D. h. t. 6. 3. [c] L. 25. §. 1. D. de usuris. 22. 1. (§. 156.). [d] Nov. 7. cap. 3. §. 2. nov. 120. cap. 6. [e] §. 3. J. cit. L. 1. Cod. de fundis patrimon. 11. 61. L. 3. §. 2. D. de reb. eor. 27. 9. cf. L. 16. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. L. 13. §. 3. D. de pign. 20. 1. L. 31. eod. — §. 195. not. g. [f] L. 71. §. 5. 6. D. de legat. I. [g] L. 10. D. fam. erc. 10. 2. L. 1. pr. D. h. t. nov. 120. cap. 6. §. 1. cf. cap. 1. 5. eod. nov. 7. cap. 3. [h] L. 7. pr. D. comm. div. 10. 3. L. 15. §. 26. D. de damno inf. 39. 2. [i] L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. L. 15. §. 26. cit. L. 66. pr. D. de evict. 21. 2. [k] L. 12. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. [l] L. 16. D. de serv. 8. 1. (§. 195. not. e. f.). [m] L. 23. §. 1. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 5. §. 3 D. arb. furt. caes. 47. 7. cf. L. 3. §. 3. D. de op. n. n. 39. 1. L. 13. §. 8. D. de damno inf. 39. 2. L. 11. §. 14. D. quod vi. 43. 24. — L. 4. §. 9. D. fin. reg. 10. 1. [n] arg. L. 3. §. 13...17. L. 9. §. 1. D. de vi. 43. 16. L. 4. D. uti possid. 43. 17. [o] cf. L. 1. D. de loco publico fruendo 43. 9. [p] L. 7. pr. D. comm. div. 10. 3.

§. 197.

C. Verbindlichkeiten des Emphyteuta.

Der Emphyteuta ist verpflichtet 1) das emphyteutische Grundstück durch angemessene Cultur und Reparatur in gutem Stand zu erhalten und sonst alle auf demselben haftenden Lasten zu tragen [a]; 2) die festgesetzte Abgabe (Canon, pensio, vectigal) an den Eigenthümer zu gehöriger Zeit zu entrichten, ohne wegen zufälliger Verschlechterung oder theilweisen Untergangs des emphyteutischen Grundstücks, geschweige denn wegen Schmälerung des Fruchtertrags eines Jahres durch besondre Unglücksfälle einen Nachlaß davon begehren zu können [b]; 3) jede Veräußerung seines Rechts dem Eigenthümer zuvor anzuzeigen, und zwar bei beabsichtigtem Verkaufe mit Angabe der Verkaufsbedingungen; denn der Eigenthümer ist im letzten Falle berechtigt, innerhalb zwei Monaten unter gleichen Bedingungen selbst die Emphyteuse an sich zu kaufen (Vorkaufrecht), und muß überall um seine Zustimmung zu der beabsichtigten Veräußerung angegangen werden, die er wegen gegründeter Einwendung gegen die Person des neuen Emphyteuta versagen kann, für deren Ertheilung dagegen und die Annahme des neuen Emphyteuta, die innerhalb zwei Monaten nach empfangenem Gesuch durch eine schriftliche Urkunde oder durch Erklärung zu gerichtlichem Protokoll oder vor einem Notar erfolgen soll, demselben das sog. Laudemium (Handlohn, Lehnwaare) zu zahlen ist, bestehend in zwei Procent (quinquagesima pars) des Kaufpreises, oder, bei andern Veräußerungen, des durch Schätzung ausgemittelten Werthes der Emphyteuse [c]. Durch besondre Bestimmung können diese Verbindlichkeiten des Emphyteuta, sowie andrerseits die Rechte desselben, theilweise modificirt, erweitert oder beschränkt werden, aber die Verpflichtung zur Zahlung eines Canon ist wesentlich zum Daseyn des emphyteutischen Rechtsverhältnisses [d].

Anm. In Betreff einzelner Punkte dieses §., namentlich über den Nachlaß am Canon (not. b.) und über die Vorschrift rücksichtlich der Veräußerung gibt es manche Meinungsverschiedenheiten. Vgl. darüber Arndts a. a. O. S. 862...867. Schmid S. 30...39.

[a] L. 2. Cod. h. t. nov. 7. cap. 3. §. 2. nov. 120. cap. 8. [b] L. 1. Cod. h. t. §. 3. J. l. c. cf. L. 15. §. 4. D. locati. 19. 2. [c] L. 3. Cod. h. t. [d] §. 3. J. l. c. L. 1. 3. Cod. h. t.

§. 198.

D. Entstehung der Emphyteuse.

Die Emphyteuse wird vorzüglich durch Vertrag mit dem Eigenthümer begründet. Dieser Vertrag, contractus emphyteuticarius genannt [a], erzeugt zugleich ein obligatorisches Verhältniß, aus welchem für beide Theile die sog. emphyteuticaria in personam actio hervorgeht, und das dingliche Recht der Emphyteuse, welches durch die vectigalis in rem actio geschützt ist [b]. Er bedarf schriftlicher Abfassung bei Errichtung kirchlicher Emphyteusen [c], bei andern nur zur Gültigkeit besonderer von der allgemeinen Regel des emphyteutischen Verhältnisses abweichender Verabredungen [d]. Außerdem kann das Recht der Emphyteuse auch durch Vermächtniß und durch Ersitzung, wenigstens durch dreißig- oder vierzigjährige, entstehen [e].

Von der Entstehung der Emphyteuse ist der Erwerb einer bestehenden zu unterscheiden. Dieser kann sich, abgesehen von der Vererbung, auf eine gesetzliche Veräußerung von Seiten des bisherigen Emphyteuta oder in dessen Namen, also auch auf ein Vermächtniß, gründen, oder auch auf Ersitzung.

Anm. Auch hier ist Vieles streitig, namentlich 1) die Errichtung durch Vertrag betreffend: a) ob der Vertrag allein hinreiche oder auch Tradition erforderlich sey? b) ob der Vertrag nicht immer schriftlich abgefaßt seyn müsse? 2) ob durch Vermächtniß das dingliche Recht der Emphyteuse unmittelbar entstehen könne? 3) ob durch Ersitzung und durch welche Art derselben? und zwar a) wenn Jemand den Besitz der Emphyteuse bona fide durch Einräumung eines Nichteigenthümers erhalten? b) wenn der Eigenthümer die Emphyteuse factisch anerkannt und der Besitzer sich bona fide als Emphyteuta gerirt hat? c) wenn der Eigenthümer factisch als Emphyteuta einen Andern, der bona fide sich für den Eigenthümer hält, als solchen anerkannt hat? 4) ob der Erwerb einer bestehenden Emphyteuse durch Ersitzung möglich sey? Vgl. über die verschiedenen Meinungen Arndts a. a. O. S. 868...878. Schmid S. 6...16.

§. 199.

E. Aufhebung der Emphyteuse.

Das Recht der Emphyteuse wird aufgehoben 1) durch die allgemeinen Endigungsgründe aller dinglichen Rechte (§. 127. 128) oder der iura in re aliena insbesondre, also namentlich durch

[a] L. 1. Cod. h. t. (Zeno.) cf. §. 3. J. de locat. cond. 3. 24. [b] L. 1. §. 1. D. h. t. 6. 3. [c] Nov. 120. cap. 6. §. 2. [d] L. 1. Cod. h. t. [e] arg. L. 12. in f. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. L. 8. §. 1. Cod. de praescript. 30 vel 40 ann. 7. 39.

Confusio oder Consolidatio (§. 194. not. c. d.); 2) durch Aufgeben des Rechts von Seiten des Berechtigten; 3) wenn die Emphyteuse mit einer Zeitbeschränkung bestellt war, durch Ablauf der Zeit; 4) durch den Tod des Emphyteuta, wenn derselbe keine Erben hinterläßt; 5) durch Verjährung, sey es, daß der Eigenthümer selbst das Gut die Ersitzungszeit hindurch in gutem Glauben als ein freies besessen habe, oder ein Dritter das volle Eigenthum des Gutes durch Ersitzung erwerbe; 6) durch Entsetzung des Emphiteuta, Privation, wegen Verletzung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten. Diese aber kann stattfinden a) wegen erheblicher Verschlechterung des emphyteutischen Gutes [a], b) wegen dreijähriger, bei kirchlichen Emphyteusen wegen zweijähriger ungerechtfertigter Nichtzahlung des Canon [b], desgleichen c) wegen dreijähriger Nichtentrichtung der auf dem Gute haftenden Abgaben [c], d) wegen Verletzung der gesetzlichen Vorschriften in Betreff der Veräußerung [d]. Aus diesen Gründen kann der Eigenthümer auf Entsetzung des Emphyteuta klagen (sog. Privationsklage), wenn er nicht gleichwohl in die Fortdauer des emphyteutischen Verhältnisses, ausdrücklich oder stillschweigend, eingewilligt hat. Macht der Eigenthümer von seinem Rechte Gebrauch, so ist die Emphyteusis als vom Eintritt des Privationsgrundes an erloschen zu behandeln; die bis dahin bereits begründeten Ansprüche, namentlich auf Zahlung des rückständigen Canons und auf Ersatz wegen Verschlechterung kann jener nichtsdestoweniger, wie in andern Fällen der Erlöschung, noch geltend machen. Die Früchte gebühren von Zeit der Erlöschung an dem Eigenthümer.

Anm. Streitig ist u. a.: a) ob der Emphyteuta auch wider Willen des Eigenthümers durch Dereliction von dem emphyteutischen Rechtsverhältniß sich lossagen könne? Für die bejahende Meinung: Arndts a. a. O. S. 878. fg. Schmid S. 43. not. 9. Aber auch hier, wie beim Usufructus, ist zu behaupten, daß durch die Dereliction das Recht noch nicht verloren gehe, so lange der Eigenthümer den Verzicht nicht angenommen hat; auch kann die bloße Dereliction den Emphyteuta nicht der Ersatzverbindlichkeit wegen Verschlechterung entbinden. (Besondere Bestimmung für kaiserliche Patrimonialgüter: L. 3. 7. Cod. de fund. patrimon. 11. 61.) b) wie fern durch Verjährung die Emphyteuse erlösche? Arndts S. 879. fg. Schmid S. 43...45. c) wann und wie fern der Eigenthümer nach Erlöschung der Emphyteuse Ersatz für die Verbesserungen zu leisten habe? Jedenfalls nicht

[a] Nov. 120. cap. 8. [b] L. 2. Cod. h. t. nov. 7. cap. 3. §. 2. nov. 120. cap. 8. can. 2. §. 7. C. 10. qu. 2. Cap. 4. X. de loc. cond. 3. 18. [c] L. 2. Cod. h. t. nov. 7. l. c. cf. cap. 4. X. de locat. cond. 3. 18. [d] L. 3. Cod. h. t. §. 197. num. 8.

im Falle der Privation: L. 2. Cod. h. t. nov. 120. cap. 8. Vgl. übrigens Arndts S. 883. Schmid S. 30. not. 1.

§. 200.

II. Von der Superficies.

Die Superficies ist ein vererbliches und veräußerliches dingliches Recht auf vollständige eigenthumsgleiche Benutzung eines auf fremdem Boden bestehenden, daher auch in fremdem Eigenthum befindlichen Gebäudes [a], oder auch eines bestimmten Theils eines solchen Gebäudes, z. B. eines Stockwerks [b]. Dasselbe kann durch Vertrag [c] oder durch Vermächtniß [d] eingeräumt werden, auch an einem erst zu errichtenden Gebäude, indem der Boden zu diesem Zwecke vorbehaltlich des Eigenthums überlassen wird [e]. Der Vertrag kann Schenkung, Kauf, Tausch u. dgl., oder auch Miethe (auf immer oder auf lange Zeit) seyn [f]. Aber auch Erwerb durch Ersitzung ist hier in analoger Weise wie bei der Emphyteuse anzunehmen. Der Superficiar hat, gleich dem Emphyteuta, freie Verfügung über den Gegenstand seines Rechts, d. i. das Gebäude, so wie über das Recht selbst [g], und zwar ohne die Beschränkungen, welchen der Emphyteuta nach §. 197. in dieser Beziehung unterworfen ist. Er ist dagegen auch verpflichtet, die auf der Sache haftenden Abgaben zu entrichten [h]. Ob er außerdem noch zu einer Leistung, insbesondere zur Zahlung eines Bodenzinses, solarium, pensio [i], verbindlich sey, hängt von dem Inhalt des die Superficies begründenden Rechtsgeschäftes ab. Zur Geltendmachung seines Rechts hat er utilis rei vindicatio [k], auch negatoria und confessoria in rem actio, beziehungsweise Publiciana actio [l], und andre dem Eigenthümer zustehende Klagen [m]. Zum Schutz des Rechtsbesitzes besteht, außer den auch hier anwendbaren recuperatorischen Interdicten [n], ein eigenes interdictum de superficiebus.

[a] Dig. de superficiebus 43. 18. L. 86. §. 4. D. de legat. I. L. 19. pr. D. de damno inf. 39. 2. cf. L. 49. D. de V. S. [b] L. 3. §. 7. D. uti possid. 43. 17. [c] L. 1. §. 1. D. h. t. [d] arg. L. 86. §. 4. cit. [e] L. 2. D. h. t. [f] L. 1. §. 3. D. h. t. [g] L. 1. pr. §. 6. 7. 9. D. h. t. L. 16. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. L. 13. §. 3. D. de pign. 20. 1. — L. 10. D. fam. erc. 10. 2. [h] arg. L. 1. §. 6. D. h. t. L. 7. §. 2. D. de usufr. 7. 1. L. 39. §. 5. D. de legat. I. L. 9. §. 4. D. de damno inf. 39. 2. [i] L. 15. D. qui pot. 20. 4. cf. L. 2. §. 17. D. ne quid in loco publ. 43. 8. L. 74. D. de rei vind. 6. 1. [k] L. 1. §. 3. 6. D. h. t. L. 73...75. D. de rei vind. 6. 1. [l] L. 12. §. 3. D. de Publ. act. 6. 2. [m] L. 3. §. 3. D. de op. n. n. 39. 1. L. 13. §. 8. L. 39. §. 1. D. de damno inf. 39. 2. L. 11. §. 14. D. quod vi. 43. 24. [n] L. 1. §. 3. D. de vi. 43. 16.

analog dem interdictum uti possidetis [o]. Geendigt wird das Recht der Superficies aus gleichen Gründen, wie die Emphyteuse nach §. 199. 1...5. Ist der Superficiar zur Zahlung eines Grundzinses verpflichtet, so kann der Eigenthümer, wie bei andern Miethverträgen, wegen zweijährigen Rückstandes Entsetzung des Superficiars verlangen [p], und hat jedenfalls vor allen Gläubigern desselben Anspruch auf Befriedigung seiner Forderung aus dem Werthe der Superficies [q].

Anm. Manche nehmen ein Recht der Superficies nicht bloß an Gebäuden, sondern auch an andern mit dem Boden zusammenhängenden Gegenständen an, z. B. einer Waldung. arg. L. 13. pr. D. de s. p. r. 8. 3. Vgl. dagegen Schmid S. 61. not. 11.; über die ganze Lehre denselben §. 25...28. S. 57...85. vgl. oben §. 195. Anm. 2. Superficies an einem Keller: Seuffert's Arch. VI. 152.

[o] L. 1. pr. §. 1. 2. D. h. t. cf. L. 3. §. 7. D. uti possid. 43. 17. [p] L. 54. §. 1. L. 56. D. locati. 19. 2. [q] L. 15. D qui pot. 20. 4. cf. L. 17. D. de pign. act. 13. 7.

Drittes Buch.

Von den Obligationen.

Erstes Capitel.

Von den Obligationen überhaupt.

I. Wesen und Inhalt der Obligationen [a].

§. 201.

A. Begriff.

Obligatio heißt das Rechtsverhältniß, welches darin besteht, daß eine Person (Gläubiger, creditor) ein Recht hat auf eine Handlung einer bestimmten andern Person (Schuldner, debitor), diese also jener verpflichtet ist zu einer Handlung [b], die einen Vermögenswerth in sich schließt oder sich darauf zurückführen läßt [c]. Das Wort „Obligatio" bezeichnet sowohl einerseits das Recht des Gläubigers, die Forderung [d], als andrerseits die entsprechende Verbindlichkeit des Schuldners [e], so wie das ganze Rechtsverhältniß [f] von beiden Seiten betrachtet (Schuldverhältniß). In der Forderung aber liegt eine Mehrung des Vermögens für den Gläubiger, wie in der Verbindlichkeit (Schuld) eine Minderung desselben für den Schuldner, in so fern es eben ein sachlicher Werth ist, auf den die eine wie die andere sich richtet, wenn gleich dasjenige,

[a] Inst. de obligationibus. 3. 13. Dig. de obligationibus et actionibus. 44. 7. Cod. de obligationibus et actionibus. 4. 10. [b] pr. J. h. t. L. 3. pr. D. h. t. [c] L. 9. §. 2. D. de statulib. 40. 7. [d] rubr. J. per quas personas nobis obligatio acquiritur. 3. 28. §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 2. §. 5. D. de reb. cred. 12. 1. u. a. [e] L. 5. 21. 49. §. 1. D. de fideiuss. 46. 1. L. 95. §. 3. D. de solut. 46. 3. L. 18. §. 1. L. 31. §. 3. D. de m. c. donat. 39. 6. u. a. [f] L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 95. §. 2 D. de solut. 46. 3. L. 1. pr. D. h. t. u. a.

woran dieſer Vermögenswerth ſich knüpft, noch nicht wirklich aus dem Vermögen des letztern ausgeſchieden und in das Vermögen des andern übergegangen iſt.

Anm. [1] Beſondere Bearbeitungen der Lehre von den Obligationen: Bucher, das Recht der Forderungen. Leipzig 1815. 2. Aufl. 1830. Unterholzner, quellenmäßige Zuſammenſtellung der Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältniſſen, hrsgeg. von Huſchke, 2 Bde., Breslau 1840. Savigny, das Obligationenrecht als Theil des heutigen römiſchen Rechts. Bd. 1. Berlin 1851. Bd. 2. 1853 (darüber zu Bd. 1. Brinz krit. Blätter Nr. 3. 4. Scheurl in der Heidelb. krit. Ztſchr. I. S. 496. fg.). Vgl. auch Molitor, les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la legislation romaine et le droit français, 3 tomes, Gand. 1851...1853. Koch, das Recht der Forderungen nach preuß. Rechte, in Vergleichung mit dem gemeinen, 3 Bde, Breslau 1836. 1840. 1843.

[2] L. 3. pr. D. h. t. Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum vel servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. Vgl. L. 9. §. 2. D. de statulib.: Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt; libertas autem pecunia lui non potest.

[3] Ueber die verſchiedenen Bedeutungen des Wortes obligatio: vgl. Hugo im civ. Mag. III. 20. Riedel daſ. V. 3. Sav. a. a. O. I. §. 3. — Obligatio bedeutet noch a) die Handlung des Obligirens oder obligatoriſche Begebenheit, z. B. L. 1. §. 3. D. de pact. 2. 14. L. 19. D. de V. S. b) eine Schuldurkunde L. 7. Cod. de non num. pec. 4. 30. (vgl. §. 93. not. c). c) die Verpfändung einer Sache und das daraus entſtehende Rechtsverhältniß, pignoris obligatio im Gegenſatz von personalis obligatio, L. 11. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6.

B. Gegenſtand.

§. 202.

1) Allgemeine Erforderniſſe.

Der Gegenſtand der Obligatio iſt zunächſt eine Handlung des Schuldners [a], dieſe beſtehe nun in dem Verſchaffen eines gewiſſen Vermögensobjects oder ſonſt in einem Thun oder Unterlaſſen [1]; denn auch das letzte, eine negative Handlung, kann Gegenſtand der Obligatio ſeyn [b]. Die Handlung aber muß 1) möglich ſeyn [2], ſowohl rechtlich [c] als natürlich möglich [d]; doch iſt nicht nur eine bedingte Verpflichtung zu gegenwärtig Unmöglichem für den Fall

[a] L. 3. pr. D. h. t. cf. §. 201. not. b. [b] L. 2. §. 5. L. 4. §. 1. L. 50. pr. L. 71 D. de V. O. 45. 1. [c] L. 83. §. 5. L. 103. D. l. c. L. 29. §. 1. L. 82. pr. L. 98. pr. D. eod. §. 22. J. de inutil. stip. 3. 18. [d] L. 35. pr. L. 69. L. 97. pr. D l. c. §. 5. J. de V. O. 3. 15. cf. L. 58. §. 1. D. locati. 19. 2.

der künftigen Möglichkeit zuläſſig [e], ſondern es kann auch gegenwärtig Jemand zu einer an ſich möglichen Leiſtung, die nur ihm aus individuellen Gründen zu gewähren unmöglich iſt [f], und unter Umſtänden ſelbſt zu an ſich (objectiv) Unmöglichem inſofern wirkſam ſich verpflichten [g], daß er für die Unmöglichkeit der Leiſtung verantwortlich iſt. Die Handlung muß 2) eine erlaubte ſeyn [h], und 3) wenn auch nicht an ſich und unmittelbar einen Vermögensvortheil des Forderungsberechtigten bezwecken, doch wenigſtens von ſolcher Beſchaffenheit ſeyn, daß ſich ein vermögensrechtliches Intereſſe daran knüpft, deſſen Gewährung den Gegenſtand gerichtlicher Verfolgung und Verurtheilung des Verpflichteten abgeben kann [3].

Anm. [1] Ueber die Bedeutung von Dare, Facere, Praestare (§. 201. Anm. 2.) vgl. Gai IV. 2. L. 13. §. 6. D. de act. emti. 19. 1. L. 37. pr. D. de op. lib. 38. 1. Marezoll in Linde's Ztſchr. X. 8. Puchta Inſt. II. §. 165. Huſchke in der Ztſchr. für geſch. Rtsw. XIII. S. 249 ... 254.

[2] L. 185. D. de R. J. Impossibilium nulla obligatio est. L. 31. eod. Quod enim impossibile est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendi. ut utilem actionem aut in factum efficere possit. Cf. L. 26. D. de V. O. Generaliter novimus, turpes stipulationes esse nullius momenti. Sav. a. a. O. §. 37. Mommſen Beitr. z. Obligationenrecht. Bd. 1. Braunſchweig 1853. Kap. I. II.

[3] Vgl. §. 201. Anm. 2. L. 54. pr. D. mand. 17. 1. Quum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit, ut servus manumitteretur, nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor *et affectus ratione mandati agetur*; finge filium naturalem vel fratrem esse; *placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam.* L. 6. 7. D. de serv. export. 18. 7. Quodsi, ne poenae causa exportaretur (servus), convenit, *etiam affectionis ratione agetur.* Donell. comm. lib. 26. cap. 15. Puchta §. 220. „Nur wo die Forderung für den Gläubiger zugleich eine ſittliche Pflicht iſt, wird auch ein Affectionsintereſſe zur Begründung derſelben zugelaſſen;" und daſ. Anm. I. „Niemals kann das Affectionsintereſſe Gegenſtand der Forderung ſeyn." Dagegen: Heyer Abh. Gießen 1841. Nr. 1. und in Linde's Ztſchr. n. F. III. 1. (Erwiederung gegen Vang. III. §. 571. Anm. 3. §. 608. Sint. §. 102). Vgl. Rudorff zu Puchta §. 220. not. l. „Die Behauptung (von Heyer), daß nur bei Stipulationen das eigene Intereſſe des Stipulaters zur Gültigkeit des Vertrages erforderlich ſey, in andern Fällen, z. B. bei dem mandatum aliena gratia, auch der Nutzen eines dritten genüge, iſt nicht ſowohl unrichtig, als einer tiefern Begründung bedürftig und mehrern Modificationen unterworfen" (§. 233. 246. 291).

[e] L. 98. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 83. §. 5. eod. L. 34. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. [f] L. 28. D. l. c. L. 84. 137. §. 4. 5. D. de V. O. 45. 1. [g] L. 35. pr. L. 83. §. 7. D. l. c. L. 4. D. de contrah. emt. 13. 1. [h] L. 26. 26. pr. cf. L. 35. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 15. D. de cond. instit. 28. 7.

§. 203.

2) Beſtimmtheit des Gegenſtandes.

Der Gegenſtand einer Obligatio darf nicht völlig unbeſtimmt und unbeſtimmbar [a], noch auch lediglich der Willkür des Verpflichteten anheimgeſtellt ſeyn, der alsdann etwas ganz Werthloſes leiſten könnte [b]; derſelbe kann aber mehr oder weniger genau beſtimmt und ſelbſt nur auf billiges Ermeſſen (arbitrium boni viri) oder auf das bloße Gutdünken einer andern Perſon geſtellt ſeyn, in welchem letzten Falle freilich die Exiſtenz der Obligatio durch den Ausſpruch dieſes Gutdünkens bedingt iſt [c].

Eine beſondere Art unbeſtimmter Obligationen iſt die ſog. alternative Obligatio (im Gegenſatz der einfachen), d. i. diejenige, vermöge welcher eine von mehrern Leiſtungen nach Auswahl einer beſtimmten Perſon zu gewähren iſt [d]. In der Regel hat der Schuldner ſelbſt die Wahl [e], wo denn der Gläubiger auch nur alternativ klagen kann [f]. Vermöge beſonderer Beſtimmung kann aber auch der Gläubiger die Wahl haben, ſey es bis zu ſeiner Erklärung darüber, ſey es bis zur gerichtlichen Geltendmachung der Forderung [g]. Auch einem Dritten kann die Auswahl unter mehrern Leiſtungen anheimgeſtellt ſeyn; dann iſt deſſen Erklärung darüber als Bedingung der Forderung anzuſehen [h].

Anm. [1] Ueber alternative Obligationen vgl. Sav. a. a. O. §. 38. Bang. III. §. 569.

[2] Im R. R. findet ſich ein Begriff von beſtimmten Obligationen in eigenthümlichem Sinn. Certum heißt der genau beſtimmte Gegenſtand einer einſeitigen Forderung (obligatio ad dandum), die nämlich darauf gerichtet iſt, daß dem Gläubiger entweder eine beſtimmte Quantität genau beſtimmter vertretbarer Sachen oder eine individuell beſtimmte Sache (species) oder ein Recht an ſolcher Sache verſchafft werde. In jedem andern Fall iſt der Gegenſtand der Obligatio ein incertum. In dieſem Sinn wurden namentlich stipulatio certa und incerta genau unterſchieden. pr. J. de V. O. 3. 15. L. 68. 74. 75. D. eod. 45. 1. L. 9. pr. D. de reb. cred. 12. 1. Cod. si certum petatur. 4. 2.

[a] L. 94. 96. D. de V. O. 45. 1. L. 69. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. L. 71. pr. D. de legat. I. L. 2. §. 5. D. de eo quod certo loco. 13. 4. [b] L. 108. §. 1. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 22. §. 1. D. de R. J. [c] L. 22. §. 1. cit. L. 3. Cod. de dot. prom. 5. 11. L. 75...79. D. pro socio. 17. 2. L. 7. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. ult. Cod. eod. 4. 38. [d] L. 128. D. de V. O. L. 5. §. 2. D. qui et a quib. manum. 40. 9. cf. L. 6. §. 1. D. de re iud. 42. 1. [e] L. 25. 54. §. 6 D. de contrah. emt. 18. 1. L. 21. §. 6. D. de act. emti. 19. 1. L. 138. §. 1. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 106. eod. L. 93. eod. L. 84. §. 9. De de legat. I. [f] §. 33. J. de action. 4. 6. [g] L. 112. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 75. §. 3. D. de legat. I. [h] L. 41. §. 1. D. eod. cf. L. 76. 141. pr. D. de V. O. L. ult. Cod. de contrah. emt. 4. 38.

Der Gegensatz stand in Verbindung mit Eigenthümlichkeiten des altrömischen Klagensystems, indem aus Obligationen der ersten Art eine condictio certi entstand; er hat aber im heutigen Recht alle Bedeutung verloren. Uebrigens konnte selbst die alternative Stipulation in jenem Sinn certa stipulatio seyn, wofern nur dem Stipulator die Wahl vorbehalten war. L. 75. §. 8. D. de V. O.

§. 204.

3) Theilbarkeit des Gegenstandes.

Vermöge der Natur ihres Gegenstandes kann eine Leistung, und so denn auch die Obligatio selbst, entweder theilbar oder untheilbar seyn (obligatio dividua oder individua). Das erste ist der Fall, wenn die Obligatio auf Verschaffen eines juristisch theilbaren Vermögensgegenstandes gerichtet ist, wie Eigenthum oder Nießbrauch an einer bestimmten Sache, und so sind namentlich alle Forderungen auf Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen unbedingt theilbar. Folge davon ist, daß sie durch theilweise Erfüllung oder auf andere Art theilweise getilgt werden können, und durch Uebergang auf mehrere Erben des Gläubigers oder Schuldners in mehrere Theil-Obligationen zerfallen. Untheilbar dagegen ist die Obligatio, welche die Gewährung eines untheilbaren Vermögensrechts, z. B. einer Grunddienstbarkeit, zum Gegenstande hat, oder ein bloßes Thun oder Unterlassen, das in einer vollendeten, positiven oder negativen, Thatsache als ein Ganzes sich darstellen soll, nicht etwa wesentlich nur ein theilbares Recht zu verwirklichen den Zweck hat. Hier ist weder theilweise Forderung noch theilweise Erfüllung oder sonstige Tilgung möglich, und die Obligatio wird auch durch den Eintritt mehrerer Subjecte, als Gläubiger oder Schuldner, nicht getheilt.

Eine Art von Untheilbarkeit ist aber auch dann vorhanden, wenn die an sich mögliche theilweise Leistung eine Aenderung derselben zur Folge haben würde, die gegen den Willen des Gläubigers nicht statthaft ist. Dieß ist der Fall bei der alternativen Obligatio auf verschiedene theilbare Gegenstände, und bei der Obligatio auf Gewährung eines theilbaren Rechts an einer nur der Gattung nach bestimmten nicht vertretbaren Sache. Der Gläubiger kann *einen* Gegenstand ganz verlangen; durch die Leistung eines Theils von einem Gegenstande wird daher seine Forderung einstweilen noch nicht theilweise aufgehoben.

Uebrigens kann die untheilbare Obligatio ſich in eine theilbare auflöſen, inſofern nicht mehr von Erfüllung des urſprünglichen Inhalts derſelben, ſondern nur von Leiſtung ſeines Geldwerthes die Rede iſt.

Anm. Die Hauptſtellen über dieſe Lehre ſind: L. 2...4. 72. 85. D. de V. O. 45. 1. Vgl. darüber, außer den ältern Interpreten, namentlich Donellus und Cujacius: Rubo, Verſuch einer Erklärung der Fragmente 2. 3. 4. 85. D. de V. O. Ribbentrop, zur Lehre von den Correalobligationen, Göttingen 1831., S. 178...241. Scheurl, comment. ad L. 2. 3. 4. 72. 85. D. de V. O. Erlangae 1835. Vang. III. §. 567. Sint. II. S. 40...55; und jetzt vorzüglich Sav. a. a. O. I. §. 31...36; vgl. noch unten §. 216.

4) Einzelne beſondere Gegenſtände.

§. 205.

a) Geldzahlung.

Geldzahlung iſt ein vorzüglich wichtiger und häufiger Gegenſtand von Forderungen, zumal da jede Forderung, im Fall der Nichtleiſtung ihres eigentlichen Gegenſtandes, ſich in eine Geldforderung verwandeln kann. Eine Geldforderung oder Geldſchuld im eigentlichen Sinn iſt dann vorhanden, wenn der Inhalt der Obligatio darin beſteht, daß dem Gläubiger eine Geldſumme zu geben iſt, d. h. eine Quantität des allgemeinen Werthmeſſers der Verkehrsgegenſtände, wofür geprägte Geldſtücke (Münzen) als ſichtbare Repräſentanten und Zahlungsmittel dienen. Eine ſolche Schuld kann in der Regel durch Geben jeder zur Zahlungszeit und am Zahlungsorte anerkannten Art geprägter (ächter) Geldſtücke getilgt werden, mit der Beſchränkung jedoch, daß der Gläubiger in Scheidemünze nur einen gewiſſen Betrag anzunehmen braucht. Indeſſen kann auch bei einer Geldſchuld die beſondere Beſtimmung getroffen ſeyn, daß die Zahlung derſelben in einer beſtimmten Art von Geldſtücken geſchehen ſolle. Dagegen iſt es nicht mehr eine Geldſchuld im eigentlichen Sinn, vielmehr jeder andern Forderung vertretbarer Dinge gleichzuachten, wenn dieſe ſchlechthin auf Geben einer beſtimmten Anzahl von Geldſtücken einer beſtimmten Art gerichtet iſt, wobei freilich vorausgeſetzt wird, daß dieſe nicht bloß zur Bezeichnung einer gewiſſen Geldſumme genannt, ſondern als der nur nach der Gattung beſtimmte eigentliche Gegenſtand des Gebens verſtanden ſind. Noch weniger kann von einer eigentlichen

Geldschuld die Rede seyn, wenn die Obligatio bestimmte Geldstücke (als species, certum corpus nummorum) zum Gegenstande hat.

Für den Fall einer Aenderung der Münzverhältnisse nach Entstehung der Geldschuld ist als Regel aufzustellen, daß in den zur Zahlungszeit geltenden Münzen nach ihrem dermalen anerkannten Werthverhältniß vollständig diejenige Summe Geldes gegeben werde, welche zur Entstehungszeit nach den damals bestehenden Münzverhältnissen als Gegenstand der Obligatio gedacht wurde. Entscheidend dafür aber ist zunächst der Geldwerth, welcher den Münzen im Verkehr wirklich beigelegt ist; dieser bestimmt sich darnach, welcher Quantität edeln Metalls, namentlich des reinen Silbers, jene gleichgeachtet sind, und dieses Werthverhältniß ist im Zweifel nach dem angenommenen Münzfuße zu ermessen, vorausgesetzt jedoch, daß nicht besondere gesetzliche Bestimmungen ein Anderes mit sich bringen. Diese Regel ist übrigens auch dann anzuwenden, wenn die Zahlung der Geldschuld in einer gewissen Münzsorte festgesetzt ist, nur mit dem Unterschiede, daß nun, wenn möglich, bloß diese Münzsorte als Zahlungsmittel zu gebrauchen ist. Anders aber verhält es sich, wenn nur eine bestimmte Stückzahl einer gewissen Art von Münzen als solche Gegenstand der Obligatio ist.

Anm. [1] Das Geld wird aus den edeln Metallen, namentlich Gold und Silber, vorzüglich aus dem letzten, geprägt, jedoch mit einem Zusatz von unedelm Metall. Dabei kommt in Betracht a) Schrot und Korn der Münze, d. i. das Gewicht derselben und das Verhältniß der Mischung des edeln und unedeln Metalls in derselben. b) der Münzfuß, d. i. das Normalverhältniß, wornach sich bestimmt, wie viele Münzeinheiten einer gewissen Art den Werth einer bestimmten Quantität reinen edeln Metalls darstellen sollen. Häufig wird jedoch ein gewisses Quantum auf die Prägungskosten gerechnet (Schlagschatz), so daß der Gehalt von so viel Münzen an edelm Metall nicht ganz jener Normalquantität gleichkommt. Auch kann eine Münzeinheit nach gleichem Verhältniß als bloße Rechnungsmünze angenommen seyn, ohne daß wirklich Geldstücke von entsprechendem Werth geprägt werden. In Deutschland, wo seit langer Zeit das Silber zur Grundlage des Geldwesens genommen, hat man als Normalquantität für die Silbermünzen die feine Mark = 16 Loth reinen Silbers, und als Münzeinheit den Gulden angenommen, zu welchem sich der Thaler verhält wie 2 : 3. Daher z. B. der 14 Thaler- oder 21 Gulden-Fuß, der 24 Gulden-Fuß, der jetzt geltende 24½ Gulden-Fuß. c) der Werth, und zwar α) der Metallwerth (innere Werth) der Münze, der sich durch den wirklichen Gehalt derselben an reinem Metall (Feingehalt) bestimmt, und aus dem Münzfuße sich ergibt, vorausgesetzt, daß dieser bei der Ausprägung genau beobachtet und das

einzelne Münzstück nicht etwa durch Abnützung oder Beschneidung gemindert ist. β) der Nennwerth, d. i. derjenige Werth, welcher einer Münze nach der Absicht des Münzherrn beizulegen ist, es sey dieser Wille durch die Präge oder in andrer Weise, z. B. in Form eines Gesetzes, ausgesprochen. Dabei ist es möglich, versteht sich aber nicht als Regel von selbst, daß darin ein Gebot liege, die Münze zu dem festgesetzten Werthe anzunehmen, wo denn dieser als eigentlich gesetzlicher Werth sich darstellt (Zwangscurs). γ) der Curswerth oder Verkehrswerth, d. i. derjenige, zu welchem eine Münze im rechtlichen Verkehr wirklich geschätzt und angenommen wird, welcher nicht nur vom bloßen Nennwerthe, sondern auch, kraft derogatorischer Gewohnheit, von dem eigentlich gesetzlichen Werthe abweichen kann. Verschieden davon ist der Tauschwerth des Geldes, welcher sich durch die Masse anderer Verkehrsgegenstände, die für einen gewissen Geldpreis zu haben sind, bestimmt. e) Scheidemünze wird theils ganz aus unedlem Metall, theils von geringerem Gehalt an edlem Metall geprägt, um geringere Geldwerthe oder bloße Bruchtheile des Geldwerthes der für den Geldverkehr vorzugsweise bestimmten feinhaltigeren Münzen (grober Münzsorten) darzustellen; bei ihr ist daher der innere Werth nur von untergeordneter Bedeutung, insofern sie nur zu diesem Zwecke verwendet wird. Außerdem wird sich der Verkehrswerth der Münzen hauptsächlich nach ihrem Metallwerthe richten. Vgl. überhaupt über das Geldwesen: Hoffmann, die Lehre vom Gelde, Berlin 1838. Sav. Obl. I. §. 40. 41.

[2] Ueber die Bedeutung des Geldes als allgemeinen Tauschmittels vgl. L. 1. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret; eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate; als allgemeinen Zahlungsmittels: L. 9. §. 2. D. de statulib. (§. 201. Anm. 2.); über den Begriff der Geldsumme, im Gegensatz gegen Geldstücke (nummi): L. 94. §. 1. D. de solut. 46. 3. Sive in singulis nummis communionem pro indiviso quis esse intelligat, sive in pecunia non corpora cogitet sed quantitatem. L. 65. §. 1. D. de V. O. 45. 1. „eiusdem quantitatis aureos.“

[3] Unächte Münzen, mit nur scheinbarem nicht wirklichem öffentlichen Gepräge, oder für ungültig erklärte oder verringerte braucht der Gläubiger nicht anzunehmen: L. 24. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. Qui reprobos nummos solvit creditori ... neque liberari posse, quia reproba pecunia non liberat solventem. L. 1. Cod. de vet. numismatis pot. 11. 10. Solidos veterum principum veneratione formatos ... suscipi ... iubemus, modo ut debiti ponderis sint et speciei probae.

[4] Rücksichtlich der Scheidemünze stellt eine der Natur der Sache entsprechende Regel auf das preuß. Münzgesetz vom 30. Sept. 1821. §. 7. „Zahlungen, die in ganzen, Drittel- und Sechstel-Thalerstücken geleistet werden können, ist Niemand verpflichtet in Silbergroschen anzunehmen.“ Vgl. die Münzconvention der zum Zollverein verbundenen Staaten vom 30. Juli 1838. „Sämmtliche Staaten ... werden ... darauf hinwirken, daß ... Niemand genöthigt werde,

eine Zahlung, welche den Werth der kleinsten groben Münze erreicht, in Scheidemünze anzunehmen." Anders die Reichsgesetze, RMO. v. 1559. §. 11. RA. v. 1576. §. 76. „Daß niemand in den Zahlungen über 25 Gülden an halben Batzen (= 2 kr., nach der RMO. „an 5 kr. Stücken") oder andern kleinen Sorten für Wehrschaft anzunehmen schuldig seye, noch viel weniger von der Obrigkeit dasselbig gebilligt werden soll." — Die Summe von 25 fl. damaliger Reichsmünze ist nach dem 24 fl. Fuße nahezu = 59 fl., 2 kr. ungefähr = 4½ kr.

[5] Veränderungen des Geldes, welche bloß Schrot und Korn der Münze betreffen, ohne Aenderung des Feingehaltes, sind unerheblich. Auch die Veränderung im Tauschwerth des Geldes kommt nicht in Betracht, wie in der That selbst diejenigen, welche derselben einen Einfluß auf Geldschulden beilegen möchten, wegen der praktischen Unausführbarkeit zugestehen müssen. Bang. §. 570. vgl. dagegen Sint. §. 85. not. 20. Wichtig aber sind Veränderungen des Münzfußes oder des Werthes der Münzen. Die Meinungen über den Einfluß solcher Aenderungen sind sehr verschieden. a) Manche nehmen, das Wesen des Geldes und der Geldschuld verkennend, bloß auf den innern Werth der Münzsorten Rücksicht, Glück Bd. XII. S. 66 fg.; b) Andere dagegen bloß auf den Münzfuß, Puchta §. 38., ohne zu beachten, daß, ohne förmliche Aufhebung des bisherigen Münzfußes, gleichwohl eine Aenderung in der Ausprägung von Münzen desselben Gepräges und in ihrer wirklichen Geltung eintreten kann, während zugleich Münzen von verschiedenem Gehalt eine Zeitlang nebeneinander mit gleicher Geltung im Umlauf bleiben können. c) Wieder Andere halten überall den Nennwerth als eigentlich gesetzlichen Werth für entscheidend. Pfeiffer, praktische Ausführungen I. 7. Bang. III. §. 570. Sint. §. 85. d) Im Wesentlichen übereinstimmend mit der im Text angedeuteten Ansicht sind u. a.: (Guden) Betrachtungen über das Recht bei Bezahlung in veränderten Münzen. Braunschweig und Hildesheim. 1764. Dietze, Versuch einer münzwissenschaftlichen Beantwortung der Frage: wie ist eine Geldschuld abzutragen? u. s. w. Frankfurt 1799. Fels (praeside Schradero), Diss. quid debito pecuniario contracto, praesertim mutationibus circa pecuniam interim factis, solvendum sit. Tübing. 1814. Vgl. auch Seuffert §. 239. u. Erörter. I. 10. und jetzt noch vorzüglich G. Hufeland, über die rechtliche Natur der Geldschulden (zuerst 1807. als Rechtsgutachten über die Entscheidung der durch die Herabwürdigung der Bankozettel in Tyrol entstandenen Streitigkeiten), neu herausgegeben von A. Hufeland, Berlin 1851., sodann Savigny a. a. O. §. 42...48. Gegen diese freilich wieder Souchay in Linde's Ztschr. n. F. IX. 12.

[6] Die Quellen des gemeinen Rechts enthalten für die obige Frage nur wenige ungenügende Aussprüche. a) L. 80. pr. D. de solut. 46. 3. Prout quidque contractum est, ita et solvi debet; ... veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. vgl. Anm. 2. u. L. 144. §. 1. D. de R. J. In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus. L. 8. pr. D. mand. 17. 1. Uniuscuiusque contractus initium spectandum et causam. b) L. 99. D. de solut. 46. 3. Creditorem (Flor. *debitorem*) non esse cogendum in aliam formam nummos accipere.

si ex ea re damnum aliquid passurus est. cf. Basil. XXVI. 5. cap. 99. *Ὁ δανείσῃς οὐκ ἀναγκάζεται ἄλλον τύπον νομίσματα λαβεῖν, ἐαν ἐκ τούτου βλάπτηται.* c) L. 1. Cod. de vet. numism. pot. (Anm. 3.), cf. nov. Leonis 52. ... Numismatis omne genus, quod quidem formam materiamque non adulteratam et plenum pondus habeat, sive vetustioris principis sive recentioris sit, aequaliter et aestimetur et in republica tractetur. d) cap. 26. X. de censib. 3. 39. Cum canonicis maioris ecclesiae quandam summam pecuniae pro pensione ecclesiae tuae debitam persolveris, et iidem summam illam ex integro de meliori moneta exigant sibi solvi, tibi damus nostris litteris in mandatis, ut canonicos illos solutione prioris pecuniae, vel si non sit in usu, aestimatione pensionis antiquae facias manere contentos; und cap. 20. eod. Olim causam, quam adversus clericos plebis Rupinae super synodatico proponebas, Tudertino episcopo et collegis suis commisimus terminandam: coram quibus ex parte tua fuit propositum, quod, cum iidem clerici praedecessoribus tuis tres in festo nativitatis et tres in festo resurrectionis dominicae solverint denarios Papienses, nunc tantum tres Lucenses pro singulis denariis Papiensibus persolvebant, cum tamen unus denarius Papiensis valeat sex Lucenses. ... Cum igitur constet, quod Papienses olim 'pro synodatico solvebantur ... et sit legitime comprobatum, quod tres Lucenses, qui pro uno Papiensi post mortem ipsius L. (praedecessoris sc.) solvebantur, quinque vel sex valebant ex illis, qui hodie sunt in usu, intelligentes ex hoc, quod per monetae declinationem acciderit, ut usque ad tempus tuum Lucenses dati fuerint pro synodatico, sicut erant in usu, procuratorem adversae partis ... tibi ad solutionem denariorum Papiensium vel aestimationem eorum ... condemnamus. — Ausführliche Beſtimmungen enthält das Preuß. Rt. vgl. Koch, Rt der Forbr. I. §. 6...8. Sav. §. 46.

§. 206.

b) Schadenserſatz.

Die Verbindlichkeit zum Schadenserſatz beſteht darin, daß Jemand den Nachtheil, welchen ein Andrer durch einen Thatumſtand, für deſſen Folgen jener einſtehen muß, in ſeinem Vermögen erlitten hat, wieder auszugleichen verpflichtet iſt. Der Unterſchied zwiſchen dem gegenwärtigen Vermögensbeſtande, ſo wie er nach jenem Thatumſtande, abgeſehen von dem eben dadurch begründeten Erſatzanſpruch, ſich darſtellt, und zwiſchen dem Betrage, den daſſelbe ſonſt haben würde, heißt das Intereſſe (id quod interest sc. actoris oder creditoris), deſſen Leiſtung ſowohl den nächſten Inhalt einer Obligatio, die nämlich erſt durch eine Verletzung entſteht, ausmachen, als auch an die Stelle eines andern urſprünglichen Inhalts der Obligatio treten oder zu demſelben hinzukommen

kann, wenn deren eigentliche Erfüllung gar nicht oder nicht in gehöriger Weise erfolgte [1]. Das Interesse aber begreift nicht nur die Minderung des Vermögens um einen schon in demselben enthaltenen Bestandtheil (damnum im e. S., positiver Schaden, sog. damnum emergens), sondern auch die Vereitelung einer Vermögensmehrung, welche sonst für den Verletzten eingetreten seyn würde (sog. lucrum cessans oder interceptum, entgangener Gewinn, negativer Schaden) [2]; und dabei kann nicht nur der Nachtheil in Betracht kommen, welcher als unmittelbare Folge des beschädigenden Ereignisses erscheint und daher in gleicher Weise jeden andern betroffen haben würde (unmittelbarer Schaden, directes Interesse), sondern auch derjenige, welcher nur mittelbar, durch Zusammentreffen besonderer Umstände oder Verhältnisse, für den Gläubiger daraus hervorgegangen ist (mittelbarer Schaden, indirectes Interesse) [3]. Wie weit sich die Berechnung dieses mittelbaren Verlustes erstrecke, hängt von der besondern Gestaltung der Verhältnisse ab. Im Allgemeinen aber kann nur der Nachtheil, und zwar nur ein Vermögensnachtheil, der erweislich durch das fragliche Ereigniß selbst hervorgebracht ist, bei der Schätzung des zu leistenden Interesse in Anschlag kommen; bloße Möglichkeit eines Gewinns, der vielleicht hätte gemacht werden können, wird nicht berücksichtigt [4].

Das Interesse kann demnach sehr verschieden seyn von dem Werthe oder dem Betrage der Werthminderung des Gegenstandes an sich (aestimatio rei), in dessen Entziehung oder Verringerung die Schadenszufügung bestand [5]. Um übrigens übermäßigem Anschlag des Interesse vorzubeugen, ist verordnet, daß bei Obligationen, die nicht von Anfang auf das Interesse gehen, die Schätzung desselben nicht den doppelten Betrag des mit Bestimmtheit zu ermittelnden Werthes des eigentlichen Gegenstandes überschreiten soll [6].

Anm. [1] Vgl. Donelli comment. lib. 26. cap. 13. sq. Schömann, Lehre vom Schadensersatz, 2 Thle, Gießen 1806. F. Hänel, Versuche. Darstellung d. Lehre vom Schadensersatz, Leipzig 1823. J. N. v. Wening-Ingenheim, d. Lehre vom Schadensersatz nach R. Rt. Hdlb. 1841.

[2] L. 13. pr. D. rat. rem hab. 46. 8. Quantum mea interfuit, id est, quantum mihi abest quantumque lucrari potui. L. 33. pr. in f. D. ad leg. Aquil. 9. 2. In lege enim Aquilia damnum consequimur, et amisisse videmur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur.

L. 33. D. locati. 19. 2. Tantum ei praestabis, quantum eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur. RDA. v. 1600. §. 139. „So viel nun.... vor billig geachtet worden, wenn der Schuldner in mora restituendi pecuniam mutuam iſt, daß er ſeinem Gläubiger von derſelben zeithero ... das Intereſſe zu entrichten und gut zu machen ſchuldig ſei, ... ſo ordnen und wollen wir nochmals, daß ſolche interesse a tempore morae erſtattet, und derowegen den Creditorn fünf Gulden vom Hundert bezahlt werden, oder aber, da dem creditori ſolche fünf Gulden nit annehmlich, ſondern er vermeynen wollte, tam ex lucro cessante quam damno emergente ein mehreres zu forbern, daß ihm alsdann ſein ganz Intereſſe zu beduciren, gebührlich zu liquidiren und zu beſcheinen ... unbenommen ſein ſoll." — Nicht entgegen: L. 26. D. de damno infecto. 39. 2. „... scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur"; noch L. 71. §. 1. D. de furt. 47. 2. „... quia furti agere potest is, cuius interest, rem non surripi: interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius, qui lucrum facturus esset."

[3] L. 21. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit, quum occideretur (*sc. servus*), an potius, quanti iuterfuerit nostra, non esse occisum? Et hoc iure utimur, ut eius, quod interest, fiat aestimatio. L. 22. eod. Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium. §. 1. Item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis aut symphoniacis aut gemellis aut quadriga aut ex pari mularum unum vel unam occiderit; non solum enim peremti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt. — L. 13. pr. D. de act. emti 19. 1.... Qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit,... si sciens reticuit et emtorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emtione emtor traxerit, praestiturum ei. Sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit, idonee (*idonea?*) veniisse, erit praestandum.

[4] Vgl. a) L. 33. pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. Itaque eum qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redemturus fuit; nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset, etc. ſ. Anm. 2. b) L. 29. §. 3. eod. .. Sed ubi damni injuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum. c) L. 19. D. de periculo. 18. 6. Venditori si emtor in pretio

solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit. d) L. 21. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. Quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. Neque enim si potuit ex vino puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur; nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis (aestimatio) crescat, si vinum hodie pluris sit: merito, quia, sive datum esset, haberem emtor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit (nach Hal. *quia, si datum esset, hoc haberet emtor; quoniam vero non dedit, saltem hodie* etc). e.) L. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco. 13. 4. Itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid enim, si traiectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est? In hanc arbitrariam quod interfuit veniet, et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare, an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem. — Verschiedene Ansichten in Betreff der Unterscheidung und Leistung des directen und indirecten Interesse, oder des sog. damnum circa rem und extra rem: *α*) Das indirecte Interesse sey bei Obligationen, die nicht aus Vergehen entstehen, in der Regel nur wegen Gewissenlosigkeit (Dolus), nicht auch wegen Culpa des Verpflichteten zu leisten: Göschen §. 396, worin so viel wahr ist, daß in Fällen der letzten Art nach Billigkeit eine mildere Beurtheilung in Ermittlung des dem Verpflichteten zuzurechnenden Schadens angemessen seyn kann. Unterholzner §. 131. not. f. g. *β*) Nur bei Bestimmung des Ortsinteresse komme ausnahmweise jeder erweislich entgangene Gewinn in Anschlag, sonst nur der gemeine, durch die Sache und ihre allgemeine Bestimmung selbst gegebene (utilitas circa rem ipsam), während bei dem positiven Schaden regelmäßig jeder mittelbare Verlust berücksichtigt werde: Puchta §. 225. not. h...k. Seuffert 236., worin so viel richtig ist, daß gerade bei Festsetzung eines bestimmten Zahlungsortes der Entgang eines durch besondere Umstände bedingten Gewinns am leichtesten als sichere und billiger Weise zuzurechnende Folge der Verletzung der Verbindlichkeit sich wird erweisen lassen. Bang. §. 571. Anm .3. Sint. §. 86. not. 21. vgl. jetzt auch Seuffert 3. Aufl. §. 236. not. 3. *γ*) Nach L. 19. und L. 21. §. 3. cit. trete nur beim Kaufe eine besondere Beschränkung für Berechnung des Interesse ein: Hänel a. a. O. §. 83., oder *δ*) L. 19. cit. beziehe sich nur insbesondere auf Geldschulden: Mühlenbruch §. 367. Madai von der Mora S. 383. fg. Vgl. überhaupt noch Bang. Sint., Seuffert a. a. O.

[5] L. 1. pr. D. de act. emti. 19. 1. Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est, quod rem habere interest emtoris:

hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel emta est. Vgl. a) L. 193. D. de V. S. Haec verba *quanti eam rem paret esse* non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur. L. 4. §. 11. D. vi bon. rapt. 47. 8. Haec autem actio . . . datur in duplum *quanti ea res erit*, quod ad pretium verum rei refertur. L. 1. §. 4. D. si quis ius dic. 2. 3. Hoc iudicium non ad id quod interest, sed *quanti ea res est* concluditur, et cum meram poenam contineat, neque post annum neque in heredem datur. L. 9. §. 8. D. ad exhib. 10. 4. Et ideo Neratius ait utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit: quae utilitas, inquit, interdum minoris erit quam res. Dagegen b) L. 68. D. de rei vind. 6. 1. *Quanti res est*, id est, quanti adversarii interfuit. L. 3. §. 11. D. uti poss. 43. 17. *Quanti res est* sic accipimus, quanti uniuscuiusque interest, possessionem retinere. L. 4. §. 7. D. de damno inf. 39. 2. *Quanti ea res est*, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudicium datur, quod non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest, et ad utilitatem venit, non ad poenam. Vgl. darüber Sav. V. S. 441... 460. Puchta §. 224. not. b. — Ueber den Einfluß des Ortes und der Zeit auf die Schätzung *(quanti res fuit, q. r. est, quanti res erit)*: L. 8. §. 1. D. de cond. furt. 13. 1. L. 3. 4. D. de cond. trit. 13. 3. L. 22. D. de reb. cred. 12. 1. L. 3. §. 2. D. commod. 13. 6. L. 37. D. mand. 17. 1. Sav. VI. S. 198. fg. Bülff, über den Zeitpunkt der Schätzung beim Wertherſatz, im civ. Arch. XXXIII. 5. 10.

[e] L. un. Cod. de sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur 7. 47. Cum pro eo, quod interest, dubitationes in infinitum productae sunt, melius nobis visum est, huiusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare. Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut hoc, quod revera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum sciamus esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae vel cum competenti moderamine proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id quod interest statuerunt. Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio. — Streitfrage: ob dieſe geſetzliche Beſchränkung auch bei Erſatzverbindlichkeiten aus Vergehen ſtattfinde? Mühlenbruch §. 370. Schömann a. a. O. II. S. 144. fg.; oder im Gegentheil ob ſie auch im Falle böswilliger Verletzung eines obligatoriſchen Verhältniſſes wegfalle? Donell. l. c. cap. 7. Seuffert Erörtr. I. S. 161. fg. Dagegen W. Sell in deſſen Jahrb. I. 5. und Bang.

§. 571. Anm. 4. — Ueber eidliche Selbstschätzung des Interesse s. oben §. 115. num. 3.

c) Zinszahlung.

§. 207.

Zinsen, usurae, sind eine Vergütung, welche Jemanden für die von ihm gewährte oder ihm vorenthaltene Nutzung einer Quantität vertretbarer Sachen, nach Verhältniß des Betrages und der Zeitdauer, in gleichartiger Leistung zukommt. Die Zinsverbindlichkeit setzt eine Hauptschuld voraus, deren Gegenstand in vertretbaren Sachen [b], vorzüglich Geld [c], besteht (caput [d], sors [e], Capital, Hauptstock); die Zinsen sind eine juristische Frucht [f] dieser Hauptforderung, verschieden von Renten [g], z. B. dem Zins von sog. Ewiggelde, welchen keine Forderung auf die Hauptsumme entspricht [1].

Aus verschiedenen Gründen kann sich die Zinsverbindlichkeit von selbst, kraft rechtlicher Vorschrift, mit einer zinsfähigen Hauptschuld verbinden, sog. gesetzliche Zinsverbindlichkeit [2]; sie kann außerdem, immer unter Voraussetzung einer solchen Hauptschuld, durch Rechtsgeschäft begründet werden, so durch letztwillige Verfügung [h], und vorzüglich durch Vertrag [i], daher vertragsmäßige Zinsverbindlichkeit [3]. Die Zinsverbindlichkeit kann entweder auch formell bloß als ein accessorischer Bestandtheil der Hauptschuld, oder außer derselben, obgleich aus ihr hervorgehend, als besondere Obligatio bestehen. Im ersten Falle können die Zinsen als Nebengegenstand nur durch die Klage aus der Hauptschuld, also nur, so lange diese stattfindet, gefordert werden [k]; im andern Fall ist eine selbständige Zinsklage, je nachdem die Zinsen fällig geworden, möglich [l]; dieß setzt aber regelmäßig ein Rechtsgeschäft als Entstehungsgrund der Zinsverbindlichkeit voraus [4].

Anm. [1] — a) Zinsen in Beziehung auf eine Hauptverbindlichkeit, deren Gegenstand nicht vertretbare Dinge sind? α) L. 25. Cod. h. t. Pro auro et argento et veste facto chirographo licitas solvi vel promitti usuras

[a] Dig. de usuris et fructibus. 22. 1. Cod. de usuris. 4. 32. [b] L. 23. L. 26 §. 1. Cod. h. t. [c] L. 121. D. de V. S. vgl Anm. 2. [d] L. un. §. 2. Theod. Cod de usur. rei iud. 4. 19. [e] L. 20. D. h. t. L. 4. Cod. depos. 4. 34. L. 58. § 1. D de adm. 26. 7. u. a. [f] L. 121. cit. L. 34. D. h. t. (§ 55. Anm. 3. 4). [g] Dig. de annuis legatis. 33. 1. [h] L. 3. §. 6. D. l. c. [i] L. 17. §. 4. L. 41. §. 2. D. h. t. L. 24. D. de praescript. verb. 19. 5. L. 1. 3. Cod. h. t. cf. L. 4. 12. eod. L. 30 D. h. t. [k] L. 49. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. L. 4. Cod. depos. 4. 34. L. 13. Cod. h. t. cf. L. 23. D. de exc. rei iud. 44. 2. [l] L. 1. Cod. de iud. 3. 1. cf. L. 23. cit.

inssimus. cf. L. 3. §. 4. D. h. t. L. 8. Cod. si cert. pet. 4. 2. β) L. 17. §. 8. D. h. t. Si dies non sit ab his, qui statuas vel imagines ponendas legaverunt, praefinitus, a praeside tempus statuendum est, et, nisi posuerint heredes, usuras reipublicae usque ad tertiam centesimae pendent. b) Geſtattung anderer Vortheile in vicem usurarum: L. 14. 17. Cod. h. t. L. 11. §. 1. D. de pign. 20. 1. — In nov. 72. cap. 6. wird das Hauptgeld bezeichnet durch τὸ ἀρχαῖον; die Vulgata überſetzt aber ἐπὶ τοῖς ἀρχαίοις unpaſſend durch: *in antiquis.*

[2] Eine geſetzliche Zinsverbindlichkeit tritt ein: a) wegen Zögerung in Bezahlung einer Geldſchuld, theils nach den allgemeinen Grundſätzen vom Verzug, L. 32. §. 2. D. h. t. (Verzugszinſen, §. 251), theils nach beſonderer Rechtsvorſchrift; namentlich können α) der Fiscus und Minderjährige, die letzten bis zur Volljährigkeit, von jeder fälligen Geldſchuld ſofort auch Zinſen berechnen, L. 17. §. 5. 6. L. 43. D. h. t. L. 3. Cod. in quib. caus. in int. 2. 41. L. 87. §. 1. D. de legat. II., desgl. β) der Verkäufer vom Kaufpreiſe von der Zeit an, da der Käufer in den Beſitz des Kaufgegenſtandes geſetzt iſt, L. 13. §. 20. 21. D. de act. emti. 19. 1. L. 5. Cod. eod. 4. 49. Vgl. zudem §. 208. Anm. 2. b) wegen unbefugter Verwendung fremden Geldes in eigenen Nutzen. L. 1. §. 1. D. h. t. L. 10. §. 3. D. mand. 17. 1. L. 7. §. 10...12. D. de adm. tut. 26. 7. c) überhaupt wegen Verbindlichkeit zur Leiſtung des Intereſſe (§. 206.), inſofern darin Zinſen begriffen ſind. In Fällen dieſer Art iſt aber häufig nicht ſowohl von einer eigentlichen Zinsverbindlichkeit, als Zuwachs einer Hauptſchuld, als vielmehr nur von Berechnung eines möglich geweſenen Zinsgewinns zur Beſtimmung des Hauptinhalts einer Obligatio die Rede; ſo z. B., wenn der Verwalter fremden Vermögens dazu gehöriges Geld verzinslich anzulegen verſäumt und deßhalb Erſatz zu leiſten hat, eine Erſatzverbindlichkeit, welche dem übrigen möglichen Inhalt der aus der Geſchäftsführung hervorgehenden Hauptobligatio völlig gleichartig iſt und wohl auch allein dieſen ausmachen kann. L. 17. §. 7. D. h. t. L. 19. §. 4. D. de negot. gest. 3. 5. L. 7. §. 3. L. 15. D. de adm. 26. 7. Vgl. Unterholzner I. S. 323 fg., dagegen freilich Sint. §. 87. not. 19. 25. — Uebrigens noch zu bemerken: aa) L. 17. §. 5. D. h. t. Fiscus ex suis contractibus usuras non dat; ... cum autem in locum privati successit, etiam dare solet. Darüber ein Plenarbeſchluß des OAGerichts in München vom 5. Juni 1844. „Dieſes Privilegium iſt auf andere Obligationsverhältniſſe und auf andre als Verzugszinſen nicht auszudehnen.“ Seuffert §. 245. not. 11. bb) L. 22. D. de donat. 39. 5. Eum, qui donationis causa pecuniam ... promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere. cf. L. 16. pr. D. h. t. L. 1. pr. D. de pollicitat. 50. 12. cc) L. 9. D. de mag. conv. 27. 8. Constitutum est, poenarum usuras peti non posse. cf. L. 1. Cod. de fiscalibus usuris. 10. 8.

[3] Eine Vermuthung für die Exiſtenz der Zinsverbindlichkeit wird durch die eine längere Zeit hindurch wiederholte Zinszahlung begründet. L. 6. D. h. t., was man irrthümlich als Entſtehung der Zinsverbindlichkeit durch Verjährung aufgefaßt hat. cf. L. 7. Cod. h. t.

[a] L. 49. §. 1. D. 19. 1. Pretii sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, quum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur. L. 58. pr. D. ad Sc. Treb. 36. 1. „usurae praeteriti temporis, quae in obligatione vel in officio iudicis fuerunt.“ cf. L. 54. pr. D. locati. 19. 2. Usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam officio iudicis applicentur *etc.* (vgl. Ertanner v. d. Bürgschaft. II. S. 413). L. 4. Cod. 4. 34. Sed si, cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri. Non enim duae sunt actiones, alia sortis alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur. Dagegen L. 1. Cod. 3. 1. Judicio coepto, usurarum stipulatio non est peremta. Superest igitur, ut debitorem eius temporis, quod non est in iudicium deductum, convenire possis. Doch iſt in Fällen, wo officio iudicis usurae praestantur, die Anſtellung der Hauptklage bloß wegen der Zinſen nicht unbedingt ausgeſchloſſen, arg. L. 23. D. 44. 2., unrichtig erklärt von Mühlenbruch §. 371. not. 4., vgl. Keller Litiscontestatio S. 536. fg. Sav. VI. S. 452. not. r. S. 160. Bekker, Conſumption S. 240. — Der Ausdruck: *officio iudicis* u. p. bezeichnete zunächſt nur, daß Zinſen in Folge der Hauptklage, ohne in der Formula als Gegenſtand derſelben angegeben zu ſeyn, durch den Judex zuzuerkennen waren, als enthalten in dem: quanti ea res est oder quidquid dare facere oportet, was auch die Wirkung einer beſondern Verabredung (eines pactum adiectum) ſeyn konnte, wenn nur die Formula nicht eine condemnatio certae pecuniae enthielt. Sav. VI. S. 128 fg. Wo aber lediglich kraft des officium iudicis Zinſen zuerkannt werden, da muß dieſes aus der rechtlichen Natur der Hauptobligatio hervorgehen, alſo auf einem Rechtsſatz beruhen. Dagegen liegt es an ſich nicht im Begriff geſetzlicher Zinſen, daß ſie nur mit der Hauptforderung und nur durch die Hauptklage gefordert werden können, was namentlich für den Fall in Anm. 1. a. β. mit Grund zu bezweifeln ſeyn möchte.

§. 208.

Die Höhe der zu leiſtenden Zinſen [1], innerhalb der geſetzlichen Gränze (§. 209), beſtimmt ſich, wo die Zinsverbindlichkeit durch Rechtsgeſchäft begründet iſt, durch die betreffende Feſtſetzung, welche aber durch vorbehaltloſe Annahme geringerer Zinſen für die Zukunft ſtillſchweigend herabgeſetzt wird [a]. Für geſetzliche Zinſen iſt ſie zum Theil geſetzlich beſtimmt [2]; wo dieß nicht der Fall iſt, richtet ſie ſich nach dem Maße der Zinſen, welche der Gläubiger nach Landesgewohnheit und zugleich den Geſetzen gemäß durch Ausleihen des Geldes hätte gewinnen können [b].

Anm. [1] Das Verhältniß der für eine gewiſſe Zeit zu zahlenden Zinſen zu der Hauptſumme heißt Zinsfuß (geſetzlicher, landesüblicher, vertragsmäßiger).

[a] L. 5. 8. Cod. h. t. [b] L. 1. pr. D. h. t. L. 38. D. de neg. gest. 3. 5. L. 10 §. 3. D. mand. 17. 1. L. 7. §. 10. D. de adm. 26. 7. L. 39. §. 1. D. de legat. I.

Dieſen bezeichnet man heutzutage gewöhnlich durch Angabe der jährlichen, bei den Römern aber durch Angabe der monatlichen Procente; daher centesimae usurae = eins vom Hundert monatlich = 12 Procent jährlich, semisses usurae = $^1/_2$ der centesimae usurae = 6 Procent jährlich, trientes usurae = $^1/_3$ der centesimae usurae = 4 Procent jährlich, besses usurae = $^2/_3$ der centesimae usurae = 8 Procent im heutigen Sinn, u. ſ. w. In der ſpätern Zeit wurden jedoch centesimae usurae gleich $^1/_8$ des Capitals oder $12^1/_2$ Procent jährlich genommen, indem man jährlich drei Siliquae (Vierundzwanzigtheile) von jedem Solidus des Capitals berechnete. Interpret. ad L. 2. Theod. Cod. de usur. 2. 33. cf. nov. 32. cap. 1. nov. 34. cap. 1. Jac. Gothofred. ad. L. 1. 2. Theod. Cod. l. c.

[2] Das R. R. beſtimmt a) 12 Procent jährlich *α*) für die usurae rei iudicatae nach Ablauf der geſetzlichen Zahlungsfriſt von vier Monaten, jedoch nur vom urſprünglichen Capital, nicht auch von zugeſprochenen Zinſen. L. 2. 3. Cod. de usur. rei iud. 7. 54. *β*) für die Zinſen, welche dem Miteigenthümer eines Hauſes wegen ausgelegter Reparaturkoſten zu vergüten ſind. L. 4. Cod. de aedif. priv. 8. 10. (§. 133.). b) 4 Procent jährlich *α*) in dem Falle des §. 207. Anm. 1. a. *β*. *β*) für die Zinſen der verſprochenen, ſo wie der zu reſtituirenden Dos. L. 31. §. 2. Cod. de iure dot. 5. 12. L. un. §. 7. Cod. de rei ux. act. 5. 13. *γ*) in Betreff von Vermächtniſſen unter Bedingung des Wittwenſtandes. nov. 22. cap. 44. §. 4. cf. nov. 2. cap. 4. c) 3 Procent in einem einzelnen Falle nach L. 12. pr. Cod. de pet. hered. 3. 31. d) das regelmäßige geſetzliche Zinsmaximum (§. 209.) für die Zinſen, welche ein Geſchäftsführer wegen unbefugter Verwendung von Geldern in ſeinen eigenen Nutzen zu erſtatten hat. L. 38. D. de neg. gest. 3. 5. L. 7. §. 4. 10. D. de adm. tut. 26. 7. L. 1. Cod. de usuris pupillaribus. 5. 56. In dieſen Stellen ſind maximae oder legitimae usurae genannt, worunter zur Zeit ihrer Verfaſſer centesimae usurae zu verſtehen waren, nach Juſtinianiſchem Recht aber (§. 209.) nur 6 Procent jährlich zu verſtehen ſind, obgleich auch darin ausnahmsweiſe noch centesimae usurae vorkommen. Puchta §. 228. not. aa. Ebenfalls 6 Procent (semisses usurae) werden dem Fiscus zugeſprochen. L. 17. §. 6. D. h. t. — Ueber die heutige Anwendung dieſer Beſtimmungen vgl. §. 210.

§. 209.

Zinsverbindlichkeiten unterliegen nach römiſchem Recht folgenden geſetzlichen Beſchränkungen: 1) Der Zinsfuß ſoll bei Geldſchulden regelmäßig [a] nicht mehr als 6 Procent jährlich betragen [1]. 2) Von Zinſen ſollen nicht wieder Zinſen (usurarum usurae) genommen werden [b], weder ſo, daß die erwachſenden Zinſen zum Capital geſchlagen (ſog. anatocismus coniunctus), noch ſo, daß ſie als abgeſondertes Capital verzinst werden (ſog. anatocismus

[a] L. 26. §. 1. Cod. h. t. [b] L. 28. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 27. D. de re iud. 42. 1. L. 29. D. L. 28. Cod. h. t.

separatus)[2]. 3) Die Summe der rückständigen Zinsen soll nicht ultra alterum tantum[c], d. h. nicht höher als bis zum Betrage der Hauptschuld selbst anwachsen[3].

Verletzung dieser Vorschriften ist (unerlaubter) Zinswucher: Rechtsgeschäfte sind, so weit sie ihnen, offen oder versteckt[d], widerstreiten, ungültig und begründen keine Forderung[e]; Zahlung gesetzwidriger Zinsen vermindert von selbst die Hauptschuld und erzeugt, wenn diese schon getilgt ist, eine Klage auf Rückzahlung[f]. Um der Umgehung des Gesetzes vorzubeugen, ist noch insbesondere die Vorwegnahme der Zinsen durch Abzug von der dargeliehenen Summe für unstatthaft erklärt[4], so daß nur das wirklich Gegebene als Capital zu betrachten ist[g].

Anm. [1] Nach älterm Recht waren centesimae usurae das regelmäßig erlaubte höchste Zinsmaß; Justinian setzte es auf die Hälfte herab, jedoch mit folgenden Ausnahmen: a) Kaufleuten und Fabrikanten sollten 8 Procent, dagegen b) Personen vom Range der Illustres oder noch höherem Range nur 4 Procent jährlich gestattet seyn, c) beim foenus nauticum (Dig. 22. 2.), das bis dahin ohne Beschränkung war, so wie bei Darlehen anderer Gegenstände als Geld (specierum foenori dationes), 12 Procent. Eben so viel aber blieb zudem in einem Falle (§. 208. Anm. 2. a. β), und wurde später noch in einem andern Falle (ibid. α.) als gesetzliche Zinsen gestattet. Für Landleute insbesondere beschränkte Justinian später noch die Zinsen von Geldschulden auf 4 Procent oder genauer 1 Siliqua von jedem Solidus. nov. 34. cap. 1.

[2] Nicht Anatocismus ist es, wenn bezahlte Zinsen wieder verzinslich dargeliehen werden, und eben so wenig verstößt es gegen das Verbot des Anatocismus, daß, wer als Geschäftsführer für einen Andern Zinsen eingenommen, davon seinerseits wieder Zinsen zu vergüten verbindlich werden kann, L. 10. §. 3. D. mand. 17. 1. L. 7. §. 12. D. de adm. tut. 26. 7. (§. 207. Anm. 2.) Streitig: ob auch durch eine nicht in fraudem legis geschehene Novation Zinsen ihre Eigenschaft als solche verlieren und selbst wieder zinstragend werden können? Puchta §. 229. not. ii. bejaht es. Dagegen Fritz Erläutr. III. S. 64. fg. Sim. §. 87. not. 49. Seuffert's Arch. II. 150. arg. L. 28. Cod. h. t. „Nullo modo licere cuiquam usuras praeteriti temporis vel futuri in sortem redigere et earum iterum usuras stipulari." cf. L. 3. Cod. de usur. rei iud. 7. 54. (§. 208. Anm. 2. a. α.). Im Cursus der Justit. III. §. 261. not. cc. sagt auch Puchta, Justinian habe das Verbot des Anatocismus dadurch verschärft, „daß nicht einmal durch eine Novation die rückständigen Zinsen zinsfähig werden sollen."

[3] Justinian hat sogar, unverständiger Weise, verordnet, daß auch die

[c] L. 26. §. 1. D. cit. L. 10. 27. §. 1. Cod. h. t. [d] L. 44. D. h. t. L. 13. §. 26. D. de act. emt. 19. 1. [e] L. 9. pr. L. 29. D. h. t. L. 26. §. 1. L. 27. pr. Cod. h. t. L. 3. §. 6. D. de ann. leg. 33. 1. [f] L. 26. pr. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 18. 26. §. 1. Cod. h. t. [g] L. 26. §. 1. Cod. l. c.

bezahlten Zinsen in das alterum tantum eingerechnet werden sollen, L. 29. 30. Cod. h. t. nov. 121. cap. 2. nov. 138. 160., aber diese Stellen sind alle nicht glossirt. Vgl. überhaupt W. Sell in dessen Jahrb. I. 2.

[4] Vorausbezahlung von Zinsen, vor der Zeit ihrer Fälligkeit, ist übrigens nicht unstatthaft, L. 57. pr. D. de pact. 2. 14. L. 2. §. 6. D. de doli except. 44. 4., sofern sie nicht zur Verkleidung unerlaubten Zinswuchers dient. Vgl. Sint. not. 55.

§. 210.

Das canonische Recht hatte das Zinsennehmen ganz verboten und Zinsgeschäfte für ungültig erklärt, wodurch jedoch weder die Forderung auf das Interesse (§. 206.) wegen widerrechtlich verzögerter Zahlung von Geldschulden, noch die Erkaufung einer Rente durch Hingabe einer Hauptsumme, als des Kaufpreises dafür, ausgeschlossen war [1]. In Deutschland aber ist durch eine entschiedene Praxis, unterstützt durch einzelne reichsgesetzliche Bestimmungen, die Zulässigkeit von Zinsgeschäften wieder anerkannt worden. Dadurch haben denn die Vorschriften des römischen Rechts über Zinsen im Allgemeinen ihre Anwendbarkeit wieder erhalten. Der gesetzliche Zinsfuß aber ist auf 5 Procent jährlich herabgesetzt worden [2], und zwar findet dieser Zinsfuß nun auch in solchen Fällen Anwendung, in welchen nach römischem Rechte noch ausnahmsweise mehr als 6 Procent gestattet sind [3].

Anm. [1] Ueber das canonische Recht vgl. X. de usuris. 5. 19., in Sto. 5. 5., Clem. 5. 5. Böhmer, ius eccles. lib. V. tit. 19.

[2] Die einschlagenden reichsgesetzlichen Bestimmungen sind a) RPO. v. 1577. Tit. 17. §. 9. „Und nachdem die Widerkaufs-Gülten allenthalben in Landen gemein seyn, so sollen mit hundert Gülden Haupt-Gelds nicht mehr dann Fünff Gülden jährlicher Gülten, wie gebräuchlich, gekauft werden." b) RPO. Tit. 20. §. 6. „Damit aber die Juden ihre Leibsnahrung haben mögen, so soll ihnen nicht mehr dann Fünff vom hundert zum Wucher zu nehmen, erlaubt seyn." c) RDA. von 1600. §. 139. vgl. §. 206. Anm. 2. d) JRA. von 1654. §. 174. „Anreichend die künftige Zins und Interesse" (nehmlich von den aus der Zeit des dreißigjährigen Krieges herrührenden Schulden) „sollen von nun an dieselbe, sie seyen aus wiederkäuflichen Zinsen oder vorgestreckten Anlehen herrührig und versprochen, ... weiter nicht als Fünff pro Cento alle und jede Jahre ... bezahlt ... werden." Vgl. Gerstlacher's Hdb. d. Reichsgesetze X. §. 83. 87. 91. 92. Emminghaus, Corp. iur. germ. S. 396. 399. 500...502. Fritz Erläutr. III. S. 45. fg.

[3] Vgl. §. 208. Anm. 2. §. 209. Anm. 1. Jedoch ist davon ausgenommen das foenus nauticum (§. 283.). Auch ist Berechnung eines höhern Interesse nicht ausgeschlossen (§. 206. Anm. 2.). Dagegen werden nun auch in den Fällen des §. 208. not. b. ohneweiters 5 Procent zugesprochen, wie der RDA. von

1600. bezüglich der Verzugszinsen von Geldbarlehn ausdrücklich vorschreibt: „der Vermuthung halben, daß der creditor sein Geld von solcher Zeit an anlegen und zugelassener Weise zum wenigsten vom hundert fünff wohl haben möge.“ Mit Unrecht bestreitet Puchta §. 229. not. bb. dieses Grundes wegen die Gesetzmäßigkeit der Praxis, welche hierin eine gesetzliche Fixirung der Verzugszinsen findet; denn der RDA. gibt ausdrücklich die Absicht kund: „damit die Partheien in puncto liquidationis an unserm Kayſ. Cammer-Gericht des langweiligen Proceß enthoben seyn möchten, auch jetzt gemeldt Cammergericht damit nicht überladen, ein gewisses loco interesse a tempore morae zu statuiren und zu setzen,“ und verordnet, von obiger Vermuthung ausgehend, daß „derentwegen den Creditorn fünff Gülden von hundert bezahlt werden“ u. s. w. Vgl. Gerstlacher a. a. O. §. 87. In andern Fällen wollen Manche der consequentern Praxis zuwider noch die besondern römisch-rechtlichen Bestimmungen über das Zinsmaß festhalten. Seuffert §. 233.

§. 211.

d) Straßahlung.

Aus Rechtsverletzungen kann die Verbindlichkeit hervorgehen, dem Verletzten noch außer dem einfachen Ersatze, d. i. zur Strafe, etwas zu leisten (§. 98.). Eine Strafe kann aber auch durch Verabredung festgesetzt werden (sog. Conventionalstrafe), indem sich Jemand durch Vertrag einem Nachtheil unterwirft für den Fall, daß eine andere Leistung nicht oder nicht gehörig erfolgen würde [a]. Es liegt darin ein bedingtes Versprechen, wobei es nur darauf ankommt, ob an sich ein Versprechen dieses Inhalts unter dieser bestimmten Bedingung zuläſſig und gültig sey [b]. Zweck dieses Versprechens aber ist, jene andere Leistung zu sichern oder zu befördern [c]. Es ist möglich, aber nicht nothwendig, daß diese zugleich Gegenstand einer für sich bestehenden gültigen Obligatio sey [d]. Die Verabredung kann dabei auf reine Strafe gerichtet seyn, so daß ungeachtet derselben die Hauptverbindlichkeit in voller Wirkung bestehen bleibt [e]; sie kann aber auch bloß den Zweck haben, im voraus das alsdann nicht erst näher nachzuweisende Interesse des Gläubigers, sey es wegen gänzlicher Nichterfüllung oder wegen mangelhafter Erfüllung, festzusetzen, so daß außer der Strafe nicht auch noch dieses Interesse gefordert werden kann [f]; sie kann

[a] §. 7. J. de V. O. 3. 15. [b] L. 61. 69. 123. 134. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 13. §. 26. D. de act. emt. 19. 1. (vgl. § 72.). [c] L. 71. D. de V. O. [d] cf. L. 38. §. 17. L. 115. D. de V. O. L. 16. D. de transact. 2. 15. [e] L. 115. §. 2. D. cit. L. 16. D. cit. [f] L. 28. 47. D. de act. emt. 19. 1. L. 23. pr. D. de recept. 4. 8. L. 12. §. 2. D. de pact. dot. 23. 4. L. 10. §. 1. D. de pact. 2. 14. L. 15. D. de transact. 2. 15.

insbesondere auch den Sinn haben, daß der Verpflichtete nach seinem Belieben durch Zahlung der Strafe sich der Hauptverbindlichkeit entledigen kann (sog. Wandelpoen, mulcta poenitentialis), in welchem Falle eigentlich eine alternative Obligatio vorliegt [g]. Zu bestimmen, was im einzelnen Fall anzunehmen sey, ist Sache der Willensauslegung (§. 75.); im Zweifel aber wird, wo nicht etwa die Geringfügigkeit der Strafe im Vergleich zum Interesse dagegen spricht, eher das zweite anzunehmen seyn [h].

Durch die Verabredung einer Strafe kann die Leistung, welche dadurch gesichert werden soll, gewissermaßen den Charakter einer untheilbaren erhalten, wenn sie auch an sich theilbar ist: insofern nämlich die Strafe verwirkt wird, wenn auch nur zu einem Theil jene Leistung nicht erfolgt [i].

Anm. Vgl. Savigny Obligationenrecht II. §. 80.

C. Subjecte der Obligatio.

§. 212.

1) Im Allgemeinen.

Bei jeder Obligatio kommen wesentlich zwei Personen vor, Gläubiger und Schuldner (§. 201). Ist ein Schuldverhältniß von der Art, daß eben nur der eine etwas zu fordern, der andere dieses zu leisten hat, so heißt die Obligatio eine einseitige, sog. obligatio unilateralis. Es gibt aber Schuldverhältnisse, bei denen es wesentlich ist, daß der Erwerb der Forderung zugleich mit Uebernahme einer Verbindlichkeit verbunden ist, daß also beide Subjecte zugleich Gläubiger und Schuldner werden. Diese heißen gegenseitige Schuldverhältnisse, sog. obligationes bilaterales. Davon sind noch zu unterscheiden solche Schuldverhältnisse, bei welchen wesentlich und zunächst nur auf einer Seite eine Verpflichtung begründet ist, durch besondere Umstände aber auch wohl eine Gegenforderung des wesentlich allein Verpflichteten entstehen kann, sog. obligationes bilaterales inaequales.

2) Mehrheit der Subjecte.

§. 213.

Wenngleich gewöhnlich die Forderung nur *einem* Gläubiger zusteht, die Verbindlichkeit nur *einem* Schuldner obliegt, so können

[g] L. 115. cit. in f. [h] L. 34. D. de R. J. (§. 75. not. k.). [i] L. 25. §. 13. D. fam. ercis. 10. 2. L. 5. §. 3. 4. L. 85. §. 6. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 2. §. 6. L. 3. §. 1. eod.

doch auch, kraft besonderer Bestimmung, bei einer und derselben Obligatio zugleich mehrere Personen als Gläubiger oder Schuldner dergestalt betheiligt seyn, daß jede von ihnen als selbständiges Subject der ganzen Obligatio den ganzen Gegenstand derselben zu fordern berechtigt, beziehungsweise zu leisten verpflichtet ist, das Ganze aber überhaupt nur einmal gefordert werden kann oder geleistet zu werden braucht. Eine solche Obligatio heißt Correal-Obligation, Gesammtschuldverhältniß [1], und zwar active Correal-Obligation, Gesammtforderung, wenn mehrere Personen als Gläubiger, passive Correal-Obligation oder Gesammtschuld, wenn mehrere als Schuldner Subjecte derselben Obligatio sind [a]; die mehreren Gläubiger heißen Correalgläubiger oder Gesammtgläubiger, correi credendi, die mehreren Schuldner Correalschuldner oder Gesammtschuldner, correi debendi [2]. Das Wesen eines solchen Schuldverhältnisses besteht also darin, daß die Obligatio ihrem Inhalte oder objectiven Bestande nach nur Eine ist [b], gleichwohl aber mehrere Personen als Gläubiger oder Schuldner vollkommen Subjecte der ganzen Obligatio sind, und diese somit bloß in subjectiver Beziehung gewissermaßen in mehrere Forderungsrechte oder Verbindlichkeiten sich spaltet [c]. Jeder einzelne Gesammtgläubiger kann für sich ganze Erfüllung fordern, jeder einzelne Gesammtschuldner hat sie zu leisten [d]; aber die Erfüllung an jenen oder durch diesen hebt die Obligatio für alle auf [e], und so wirkt auch, was sonst den Bestand der Obligatio aufhebt oder ändert, zugleich für alle betheiligten Subjecte [f]. Durch manche Ereignisse jedoch, welche zunächst die Person eines der Theilnehmer betreffen [g], wird, ohne Wirkung für die übrigen, nur die subjective Beziehung eines einzelnen Gläubigers oder Schuldners zu der gemeinsamen Obligatio gelöst und lediglich die Befreiung des gemeinsamen Schuldners in Beziehung zu einem der Gläubiger oder eines der Schuldner in Beziehung zu dem gemeinsamen Gläubiger herbeigeführt [g]. Unter den Gesammt-

[a] Inst. de duobus reis stipulandi et promittendi. 3. 16. Dig. de duobus reis constituendis. 45. 2. Cod. de duobus reis stipulandi et promittendi. 8. 40. [b] L. 3. §. 1. L. 15. D. h. t. L. 16. D. de acceptilat. 46. 4. L. 9. pr. D. de pact. 2. 14. cf. L. 9. §. 1. D. h. t. L. 116. D. de V. O. 45. 1. [c] L. 13. D. h. t. cf. L. 9. §. 2. eod. L. 5. D. de fideiuss. 46. 1. [d] §. 1. J. h. t. L. 2. 3. §. 1. D. h. t. [e] L. 2. cit. [f] L. 13. §. 12. L. 16. D. de acceptilat. 46. 4. — L. 31. §. 1. D. de novat. 46. 2. — L. 28. pr. §. 3. L. 42. §. 1. 2. D. de iureiur. 12. 2. — L. 5. Cod. h. t. — L. 18. D. h. t. [g] L. 19. D. h. t. — L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 3. §. 3. D. de lib. leg. 34. 3. cf. L. 18. pr. D. de minor. 4. 4.

Gläubigern oder Schuldnern kann zugleich ein Gesellschaftsverhältniß (societas) bestehen [h]; aber dieß ist weder wesentlich, noch versteht es sich von selbst; von dem besondern unter ihnen stattfindenden Rechtsverhältniß hängt es ab, ob, wer das Ganze empfangen, den Mitgläubigern den entsprechenden Antheil herausgeben müsse, oder wer das Ganze gezahlt hat, von den Mitschuldnern entsprechenden Ersatz verlangen könne [i]; jedoch kann sich der das Ganze Zahlende eine Ersatzforderung gegen die Mitschuldner, wenn ihm nicht besondre Gründe entgegenstehen, dadurch sichern, daß er sich zuvor die Klage des Gläubigers gegen dieselben abtreten läßt [k], und diese Abtretung kann nach Umständen gegen den klagenden Gläubiger erzwungen oder auch gegen dessen Willen (mittels einer utilis actio) als geschehen angenommen werden [l]. Uebrigens ist es wohl möglich, daß bei Begründung einer Correal-Obligation eine Verschiedenheit in Nebenbestimmungen für die verschiedenen Theilnehmer vorkomme [l], wie überhaupt die Gültigkeit der Forderung oder Verpflichtung des einen nicht davon abhängig ist, daß auch in Ansehung der übrigen die Obligatio gültig sey [m].

Anm. [1] Ribbentrop, zur Lehre von den Correalobligationen. Göttingen 1831. Unterholzner I. S. 173...186. Vang. III. §. 573., dazu jetzt Sav. a. a. O. §. 16...27. vgl. mit Bekker proc. Consumption S. 217. fg. und Brinz krit. Bl. Nr. 4. — Hauptentstehungsgründe des Correalverhältnisses sind a) Vertrag, bei den Römern insbesondere Stipulation (not. a.), und nach älterm Recht Litteralcontract, aber auch besondere Verabredung bei andern obligatorischen Verträgen, L. 9. pr. D. h. t. L. 13. §. 9. D. locati. 19. 2. cf. L. 17. §. 2. D. ad Sc. Vell. 16. 1.; sodann b) Vermächtniß, vgl. *α*) L. 8. §. 1. D. de legat. I. L. 25. pr. D. de legat. III. L. 9. pr. D. h. t. „utputa si pluribus heredibus institutis testator dixit: *Titius et Maevius Sempronio decem dato* (wahrscheinlich zu lesen: *Titius aut Maevius*, obwohl die Lesart *et* vertheidigt wird von Huschke in Linde's Ztschr. n. F. IV. S. 412); *β*) L. 16. 24. D. de legat. II. cf. L. 4. pr. §. 1. Cod. de V. S. 6. 38. (§. 491. a. E.); ob auch *γ*) richterliches Urtheil? L. 1. Cod. si plures una sententia condemnati sunt. 7. 55. cf. L. 43. D. de re iud. 42. 1. Sav. S. 158. „Ein solches Urtheil kann vorkommen, wenn gerade das Daseyn eines passiven Correalverhältnisses bestritten wird und nun der Gläubiger alle Schuldner zusammenverklagt, so daß das Urtheil eben die streitige Correalität feststellt." Mit Unrecht sagt Brinz S. 11., welcher die Möglichkeit der Entstehung einer Correalobligatio durch Urtheil überhaupt bestreitet, daß Savigny den Fall, wo Nichtcorrei irriger

[h] L. 71. pr. cit. [i] L. 2. Cod. h. t. L. 62. pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2. cf. L. 39. D. de fideiuss. 46. 1. L. 11. Cod. eod. 8. 41. [k] L. 47. D. locati. 19. 2. L. 39. cit. [l] L. 7. D. h. t. cf. L. 116. D. de V. O. 45. 1. [m] L. 8. 12. D. h. t.

Weise als solche erkannt worden, nicht vor Augen habe. Ueberall wird übrigens vorausgesetzt, daß die erklärte Willensmeinung auf eine Correalobligatio gerichtet sey. L. 11. §. 1. D. h. t. L. 43. D. de re iud. 42. 1. Puchta §. 234. not. b. Im Deutschen dienen dazu namentlich die Ausdrücke: „samt und sonders", oder: „alle für einen und einer für alle", auch das Wort: „solidarisch". Sint. §. 89. not. 49. Brinz S. 39. „Bei unserer Gleichgültigkeit für unsere Termini ist jene Formel „Einer für Alle" zwar nicht zu der besagten terminologischen Bedeutung gelangt, gewiß aber befähigt, sie zu erlangen." Uebrigens vgl. noch überhaupt Sav. §. 18. mit Brinz S. 8...18.

[2] Das Wort *correus* findet sich in L. 3. §. 3. D. de lib. leg. 34. 3. *duo rei aut credendi aut debendi* in L. 34. pr. D. de recept. 4. 8.; häufig kommt vor: *duo (plures) rei* schlechtweg, oder mit Bezeichnung des besondern Rechtsgeschäfts, z. B. *duo rei locationis*, L. 13. §. 9. D. locati. 19. 2., und vorzüglich *duo rei stipulandi aut promittendi* (not. a.). Vgl. L. 1. D. h. t. Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur; qui promittit, reus promittendi habetur. cf. Festus v. *reus*. Der Ausdruck *duo rei promittendi*, obwohl zunächst von der Stipulation hergenommen, wird als Kunstausdruck auch bei andern Entstehungsgründen der Correalität gebraucht in L. 9. pr. D. h. t. Sav. S. 154. not. 5.

[3] L. 19. D. h. t. Cum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis deminutione exemtus est obligatione, alter non liberatur: multum enim interest, utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur; quum persona liberatur, manente obligatione, alter durat obligatus. L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. „persona tantum exemta confusa obligatione." Darin findet Keller Litiscontestation S. 447. „die sehr einfache Regel, daß alle Schicksale, welche den objectiven Bestand der Obligation selbst betreffen, dem einen wie dem andern zu gute kommen, diejenigen aber, welche bloß auf die Persönlichkeit Eines von ihnen wirken, die Substanz der Obligation aber nicht berühren, auch nicht über diese Person hinaus auf die andern Einfluß haben sollen." Aber vgl. Sav. I. S. 162. not. 9. „Als formellen Grundsatz kann man dieses auch wohl zugeben; nur ist damit die Schwierigkeit keineswegs beseitigt, indem wieder die Gränze dieser beiden Fälle neue Zweifel erregt"; und dazu Brinz S. 5. 29. fg., welcher zuerst in den Fällen der zweiten Art „etwas Regelrechtes" verkennend und die Exemtionen mit Unrecht als Ausnahmen auffassend, doch selbst wieder einen beachtenswerthen, obwohl nicht durchaus befriedigenden Versuch macht, die regelrechte Gränze zwischen beiden zu ziehen. Vgl. auch noch Bekker S. 227. fg., welcher die Frage dadurch zu lösen meint, daß er die Correalobligatio als materiell Eine (una obligatio) mit mehreren Klagen (plures obl. in diesem Sinn) bezeichnet.

[4] Ueber den Regreß bei Correalobligationen vgl. vorzüglich Sav. §. 23...25. mit Brinz a. a. O. S. 41. fg.

§. 214.

Die Correalobligation enthält eine Berechtigung oder Verpflichtung Mehrerer zu demselben Ganzen (in solidum), das nur

einmal zu leiſten iſt; ſie iſt eine ſolidariſche Obligatio Mehrerer. Dadurch unterſcheidet ſie ſich augenfällig ſowohl von getheilten Forderungen oder Verbindlichkeiten, wobei jede von mehreren Perſonen einen Gegenſtand nur theilweiſe zu fordern oder zu leiſten hat [a], als auch von dem Falle, wenn ein Ganzes mehrmals, nämlich einer jeden von mehreren Perſonen oder von jeder derſelben, geleiſtet werden muß [b]. Es gibt aber andere Verhältniſſe, welche mit den Correalobligationen dieſes gemein haben, daß verſchiedene Perſonen vollkommen eine und dieſelbe Leiſtung, die doch der Gläubiger nur einmal fordern kann, zu gewähren ſchuldig ſind, wo alſo ebenfalls eine ſolidariſche Verpflichtung Mehrerer (obligatio plurium in solidum), gleichwohl aber nicht bloß Eine Obligatio vorliegt. Solche Verhältniſſe entſtehen aus Rechtsverletzungen, deren Mehrere zuſammen ſich ſchuldig machen und wodurch dieſe zur Leiſtung deſſelben Schadenserſatzes verbindlich werden [c], und können ſo denn auch aus Rechtsgeſchäften, durch welche Mehrere bezüglich deſſelben Gegenſtandes verpflichtet werden, in Folge obligationswidrigen Thuns oder Unterlaſſens hervorgehen [d]. Hier ſind aber mehrere für ſich beſtehende Obligationen vorhanden, die nur durch die Identität ihres Gegenſtandes in der Beziehung zu einander ſtehen, daß ſie alle zugleich durch einmalige Befriedigung des Gläubigers, alſo namentlich durch Erfüllung der einen zugleich auch die andern aufgehoben werden, weil dieſe nun keinen Gegenſtand mehr haben. Wer denn allein das Ganze geleiſtet, kann auch in Fällen dieſer Art von den übrigen dadurch zugleich befreiten Schuldnern derſelben Leiſtung verhältnißmäßigen Erſatz erlangen, ſey es mittels abgetretener Klage des Gläubigers oder auch ohne dieſes durch utilis actio; nur wer durch ſeinen Dolus mit andern verbindlich geworden iſt, kann darauf keinen Anſpruch machen [e].

[a] L. 11. §. 1. 2. D. h. t. L. 85. pr. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 31. §. 10. D. de aed. ed. 21. 1. L. 43. D. de re iud. 42. 1. L. 1. 2. Cod. si plur. una sent. 7. 55 (§. 204.). [b] L. un. §. 11. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 1. §. 9. L. 18. §. 2. D. de iniur. 47. 10. — L. 11. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 55. §. 1. D. de adm. 26. 7. [c] L. 55. §. 1. D. de adm. tut. L. 7. §. 4. D. quod falso tut. 27. 6. L. 14. §. 15. D. quod. met. 4. 2. L. 17. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 3. 4. D. de his qui effud. 9. 3. L. 1. Cod. de cond. furt. 4. 8. cf. L. 1. § 10. L. 2. 3. D. de his qui effud. 9. 3. [d] L. 38. D. de adm. tut. 26. 7. L. 60. §. 2. D. mand. 17. 1. L. 1. §. 13. D. depos. 16. 3. L. 5. §. 13. L. 6. 7. D. commod. 13. 6. u. a., cf. L. 116. D. de V. O. 45. 1. [e] L. 30. D. de neg. gest. 3. 5. L. 1. §. 13. 14. D. de tut. et rat. distrah. 27. 3. L. 2. Cod. de contr. iud. tut. 5. 58. L. 4. D. de his qui effud. 9. 3. cf. §. 213. not. i. k.

Anm. Der Unterschied der eigentlich correalen von andern bloß solidarischen Obligationen, die man sonst wohl als gesetzliche Correal-Obligationen zu bezeichnen pflegte, ist erst durch Ribbentrop's Abhandlung (§. 213. Anm. 1.) bestimmt hervorgehoben worden. Vgl. jetzt darüber auch Sav. I. §. 20. („Correalschuld. Unächte Fälle") mit Brinz a. a. O. S. 42. fg. Ueber den Regreß in diesen Fällen insbesondre Sav. §. 24. Des letzteren Darstellung „hat das große Verdienst, die gemeinsame practische Bedeutung der bloß solidarischen und der Correalobligationen: Erleichterung und Sicherung der Rechtsverfolgung, deren überwiegende Bedeutung man über Ribbentrop's Unterscheidung der ächten und unächten Correalschuld zu übersehen anfing, wieder in den Vordergrund zu stellen." Rudorff zu Puchta §. 233. not. a. Ueber die Gestaltung dieser Lehre in neuern Gesetzgebungen siehe Sav. §. 27. und die Motive zum Entw. e. bürg. Gstzb. für d. Großherzogthum Hessen Abth. IV. S. 8. fg. „Ist dieser vernünftige Zweck (Sicherstellung des Gläubigers und Erleichterung seiner Rechtsverfolgung) den oben gedachten Arten der obligatio in solidum gemeinsam, so bedarf es auch nicht divergirender Mittel zur Erreichung desselben, und daraus entspringt für die Legislation die Aufgabe, sämmtliche Solidarverbindlichkeiten — nachdem schon das neuere R. R. die obl. correales und in solidum i. e. S. einander näher gebracht hat — vollends nach gleichen Grundsätzen zu behandeln, wie solches auch von neuern fremden und deutschen Legislationen geschehen ist." Vgl. Entw. für Sachsen §. 592. 798. und die Mot. dazu S. 128.

§. 215.

Sowohl bei correalen als bei andern solidarischen Obligationen mag der Gläubiger von dem einzelnen Schuldner, obwohl jedem gegenüber zum Ganzen berechtigt, doch bloß den entsprechenden Theil der Schuld annehmen oder verlangen [a], ohne jedoch dadurch allein schon seines Rechts, denselben auch wegen des Restes noch in Anspruch zu nehmen, verlustig zu werden [b]. Er kann aber meistentheils auch wider Willen zur Theilung seines Anspruchs genöthigt werden durch eine Einrede des belangten Schuldners, welche dahin geht, daß er gleichmäßig auch die übrigen Schuldner, soweit sie zahlungsfähig sind, in Anspruch nehme. Dieses beneficium divisionis ist zuerst mehreren Bürgen für dieselbe Schuld eingeräumt [c], sodann auch für andere Fälle solidarischer Haftung mehrerer Personen anerkannt [d], und zuletzt namentlich auch auf den Fall einer durch ausdrückliche Verabredung begründeten solidarischen Verpflichtung ausgedehnt worden [e]. Die Wirkung davon ist die,

[a] L. 3. §. 1. L. 11. pr. D. h. t. [b] L. 8. §. 1. D. de legat. I. L. 16. Cod. de fideiuss. 8. 41. cf. L. 51. §. 4. D. eod. 46. 1. [c] §. 4. J. de fideiuss. 3. 20. L. 26. D. eod. 46. 1. cf. Gai. III. 21. L. 3. Cod. de pec. const. 4. 18. [d] L. 1. §. 11. 12. 14. D. de tut. act. 27. 3. cf. L. 7. D. de mag. conv. 27. 8. L. 7. D. de fideiuss. tut. 27. 7. L. 3. Cod. de mag. conv. 5. 75. — L. 17. D. locati. 19. 2. [e] Nov. 99.

daß die ganze Schuld auf alle zahlungsfähigen und mit Erfolg zu belangenden Mitschuldner vertheilt, und der einzelne Beklagte nur für seinen Antheil verurtheilt, oder, wenn er diesen bereits gezahlt hat, freigesprochen wird, auch wegen des Restes nicht mehr haftet, wenn der Gläubiger den übrigen zur Zeit zahlungsfähigen Mitschuldnern noch weitere Nachsicht vergönnt hat. Diese Rechtswohlthat findet jedoch nicht statt, wenn die solidarische Verpflichtung durch Vergehen begründet ist oder auf letztwilliger Verfügung beruht, und fällt weg, wenn darauf verzichtet worden ist.

Anm. Die nov. 99. (not. e.) hat zu den abweichendsten Meinungen Anlaß gegeben. Vgl. darüber Bang. III. §. 573. Anm. 4. Die im Text angenommene hat die Autorität der meisten Rechtsgelehrten für sich, ist mit dem Inhalt der Novelle leicht vereinbar, und entspricht dem allmähligen Entwicklungsgange des R. Rts in dieser Lehre. Puchta §. 235. not. o. Sint. §. 89. not. 35. 36. „Daher", sagt Puchta Vorles. II. S. 37., sachlich richtig, obwohl in ungebührlich absprechendem Tone, „ist kein Grund vorhanden, von der gemeinen Meinung abzugehen, die auch hier richtiger den Geist des Gesetzes getroffen hat, als die ängstlichen geistlosen Worthelden", aber dazu S. 36. „Doch muß man auch hier noch diejenigen Correalschuldner, welche dieß durch Testament geworden sind, ausnehmen; in diesem Falle wäre die Exceptio gegen den Willen des Erblassers, welchem sich die Verpflichteten nicht widersetzen dürfen." Doch vertheidigt auch Savigny §. 26. wieder eine andre Auslegung, wornach die Nov. nur auf solche Correalschuldner, die sich zugleich noch wechselseitig verbürgt haben, zu beziehen wäre (arg. Juliani epit. nov. 92. cap. 348.), wornach denn freilich das Gesetz „ganz und gar nicht von practischer Wichtigkeit ist, da das verwickelte Rechtsgeschäft, welches das Gesetz voraussetzt, nur sehr selten vorkommen wird." Sav. S. 286. Dagegen zeigt Brinz S. 35. fg., daß solche Verbindung von Correalität und Bürgschaft überhaupt wohl nie vorgekommen, und namentlich auch nicht, wie Sav. voraussetzt, in folgender Stelle Papinian's anerkannt sey: L. 11. pr. D. h. t. (Pap. lib. 11. respons.). Reos promittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi convenit; reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit — neque enim dividere cogendus est — potest eundem ut principalem reum, item qui fideiussor pro altero extitit, in partes convenire, non secus ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret. Die rei promittendi zu Anfang der Stelle sind nicht identisch mit den duo promittendi rei am Ende derselben: cf. §. 1. 2. ibid.

§. 216.

Eine besondere Art von solidarischen Obligationen kann sich von selbst aus der Untheilbarkeit eines Gegenstandes ergeben, welchen Mehrere aus gemeinschaftlichem Rechtsgrunde, z. B. als Erben des ursprünglichen Gläubigers oder Schuldners, zu fordern berechtigt oder zu leisten verpflichtet sind (§. 204). Hier wird ebenfalls

jedem Gläubiger, beziehungsweise gegen jeden Schuldner, die Forderung auf das Ganze (in solidum) gegeben [a]. Allein klagt der einzelne Mitgläubiger und es kommt die Leistung des Interesse in Frage, so wird der Beklagte dem Kläger doch nur für dessen Antheil daran verurtheilt [b], und wenn die ursprüngliche untheilbare Leistung selbst erfüllt werden soll, so muß allen Gläubigern zusammen geleistet oder der Schuldner gegen die Ansprüche der übrigen sicher gestellt werden [c], sofern nicht von selbst die Leistung an den einen zugleich die übrigen befriedigt [d]. Eben so ist auch nach dem Geiste des heutigen Rechts, ungeachtet der zum Theil abweichenden Bestimmungen des römischen Rechts [e], der einzelne Mitschuldner, welchen der Gläubiger wegen der an sich untheilbaren Leistung in Anspruch nimmt, wofern kein anderer Grund solidarischer Haftung vorliegt, zur Leistung des Interesse nur für seinen Antheil zu verurtheilen, und wenn eine vollziehbare Verurtheilung zu der ursprünglichen untheilbaren Leistung selbst stattfinden soll, so muß man jetzt jedem Schuldner das Recht einräumen, zu verlangen, daß sie gegen alle Mitverpflichteten gemeinschaftlich gerichtet werde.

Anm. Ueber das römische Recht vgl. vorzüglich a) L. 25. §. 9. D. fam. erc. 10. 2. An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur; veluti si is, qui viam, iter, actum stipulatus erat, decesserit; quia talis stipulatio per legem XII. tabb. non dividitur, quia nec potest. Sed verius est, non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem, et si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet. b) §. 10. 11. ibid. Contra si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio, nec dubium est, quin duret, quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet: igitur quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debent, ut si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur. — Idem dicendum est et si testator viam legaverit. — L. 2. §. 2. D. de V. O. . . . Et ideo, si divisionem res promissa non recipit, veluti via, heredes promissoris singuli in solidum tenentur. Sed quo casu unus ex heredibus solidum praestiterit, repetitionem habet a coherede familiae erciscundae iudicio. c) L. 72. pr. D. eod. Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae

[a] L. 17. D. de servitut. 8. 1. L. 192. pr. D. de R. J. [b] L. 25. §. 9. D. fam. ercisc. 10. 2. L. 2. §. 6. L. 3. §. 1. L. 54. §. 1. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 11. §. 4. D. de aqua pluv. 39. 3. [c] L. 2. §. 2. L. 54. §. 1. D. de V. O. L. 1. §. 36. L. 14. pr. D. depos. 16. 3. cf. L. 81. §. 1. D. de solut. 46. 3. [d] L. 11. §. 1. D. de aqua pluv. 39. 3. [e] L. 25. §. 10. D. fam. erc. 10. 2. L. 2. §. 2. 5. L. 72. pr. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 49. §. 4. D. de legat. II. L. 11. §. 23. D. de legat. III. L. 6. §. 1. L. 11. §. 3. D. de aqua pluv. 39. 3.

divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus, aquaeductus ceterarumque servitutum. Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, utputa fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari vel operas vel quid his simile; horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen ... refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici, iusta aestimatione (*iusta aestimationem*) facti dandam esse petitionem. — Die Verſchiedenheit zwiſchen b) und c) (nach der freilich nur problematiſch angeführten, aber doch wohl ſtillſchweigend gebilligten Anſicht des Celſus) erklärt Ribbentrop S. 233. lediglich aus der Faſſung der Formula, Vang. III. §. 567. Anm. 2. aber daraus, daß bei der Obligatio auf ein dare der Schuldner ſtets das Object ſelbſt ſchulde, bei den stipulationes in faciendo dagegen nach der Anſicht der Römer die Schuld ſelbſt auf den Geldwerth des nicht geleiſteten Factums gehe, dieſes alſo nicht ſowohl in obligatione als vielmehr eigentlich nur in solutione ſey. Allein das letzte wird durch L. 68. 112. §. 1. D. de V. O. nicht bewieſen; dagegen ſpricht der Ausdruck: *in solidum singuli tenentur* z. B. in L. 85. §. 2. D. de V. O. L. 11. §. 23. D. de legat. III. L. 80. §. 1. D. ad leg. Falcid. 35. 2. und ſchon die übliche Formel der Intention: *dare facere oportet*. Vgl. auch §. 201. 202. In dem einen wie im andern Falle tritt die Geldſchätzung erſt an die Stelle des eigentlichen Gegenſtandes der Obligatio, wenn dieſer nicht geleiſtet wird, und die Condemnatio ging nach altem R. R. in allen Fällen auf Geldwerth, der an ſich immer theilbar wäre. Die ſtrengere Wirkung im Falle b) iſt daher nur aus der ſtrengeren Faſſung der Klage mit der Intentio: *dari sc. servitutem oportere* zu erklären, und kann eben deßwegen im heutigen Recht (nach §. 100.) nicht mehr anerkannt werden, ſowie in einem bonae fidei iudicium, nach der Intentio: *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, gewiß ſchon nach R. R. dieſelbe nicht ſtattfand. Wenn ganz im Gegentheil Vang. a. a. O. deßhalb, weil heutzutage die Verurtheilung auf das faciendum ſelbſt zuläſſig iſt, annimmt, daß nun auch bei obligationes in faciendo der einzelne Schuldner, eben ſo wie bei der Obligatio auf Beſtellung einer untheilbaren Servitut, in solidum verurtheilt werden müſſe, alſo z. B. einer von 6 Erben eines Bauunternehmers allein zur Vollendung des übernommenen Baues angehalten werden könne, ſo ſcheint mir dieſes eine dem Geiſte des heutigen Rechts gänzlich widerſtrebende Conſequenz. Vgl. auch Ribbentrop S. 183. fg. Sint. §. 84. not. 27. Der hier angenommenen Anſicht iſt freilich jetzt wieder eine hohe Autorität entgegengetreten. Savigny I. §. 34. behauptet, daß ſowohl nach heutigem wie nach R. R. das Verhältniß mehrerer Schuldner bei einer jeden untheilbaren Obligatio „als eine wahre eigentliche Correalobligatio im ſtrengſten Sinne des Worts" zu betrachten und jeder einzelne Schuldner wie nach b) bei der Obligatio auf Beſtellung einer Grunddienſtbarkeit ſchlechthin in solidum zu verurtheilen ſey; in dem letzten Satze der L. 72. pr. cit. findet er nur die hiſtoriſche Anführung einer litterariſchen Curioſität, und nennt die Meinung des Tubero „eine faſt verſchollene Merkwürdigkeit aus ſehr alter Zeit." Aber vgl. dagegen die treffenden Gegenbemerkungen von Brinz S. 45. fg.

§. 217.

D. Klagbarkeit der Obligatio.

Zu einer vollgültigen Obligatio gehört es, daß sie klagbar sey, d. h. daß der Schuldner durch Klage (in personam actio, §. 97.) zur Leistung angehalten werden könne [a]. Daher wird nicht nur obligatio und actio oft nebeneinandergestellt [b], sondern auch das Daseyn eines rechten Schuldverhältnisses an die Möglichkeit einer wirksamen Klage geknüpft [c], und unter obligatio vorzugsweise und regelmäßig ein klagbares Schuldverhältniß verstanden [d]. Bei einem gegenseitigen Schuldverhältniß (§. 212.) findet sich dieses Klagrecht gleichmäßig auf beiden Seiten, entsprechend den gegenseitigen Forderungen, welche für beide Theile gleich wesentlich aus einem solchen Verhältniß hervorgehen, während aus sogenannten ungleich-zweiseitigen Schuldverhältnissen zunächst nur für den einen Theil, wie eine Forderung, so eine Klage (directa actio) hervorgeht, für den andern Theil aber durch Entstehung einer Gegenforderung auch eine Gegenklage (contraria actio, §. 99.) sich ergeben kann.

Wie die Klagen, so werden auch die Obligationen eingetheilt in civiles und honorariae [e], je nachdem zu deren Geltendmachung civilis oder honoraria actio gegeben ist [f]. Die Römer unterscheiden dabei noch, ob die Obligatio bloß kraft eigenthümlicher Bestimmungen ihres besondern positiven Rechts bestehe (civilis obl. im e. S.), oder nach allgemeinen Rechtsansichten (ius gentium), als in der naturalis aequitas begründet, d. i. als naturalis obligatio anerkannt sey [f]. Aber nicht in allen Fällen, in welchen nach diesem Gesichtspunkte eine Rechtsverbindlichkeit angenommen ward, ist auch im römischen Recht eine vollgültige Obligatio anerkannt; ihrer Wirksamkeit stehen in manchen Fällen Gründe des positiven Rechts entgegen, wegen welcher ihr zwar nicht alle Wirkung benommen, die Klagbarkeit aber versagt ist. In diesen Fällen ist nun eine naturalis obligatio im vorzüglichen Sinne vorhanden,

[a] L. 108. D. de V. S. [b] Dig. de oblig. et actionibus. 44. 7. Cod. 4. 10. [c] L. 10. D. de V. S. L. 52. §. 1. D. h. t. cf. L. 16. §. 4. D. de fideiuss. 46. 1. L. 137. §. 4. D. de V. O. 45. 1. [d] pr. §. 1. J. de obl. 3. 13. L. 7. §. 4. D. de pact. 2. 14. [e] §. 1. J. l. c. L. 5. pr. D. de pign. 20. 1. L. 1. §. 1. D. de novat. 46. 2. L. 1. §. 24. D. de exercit. act. 14. 1. L. 8. §. 4. D. de acceptilat. 46. 4. cf. L. 40. pr. D. ad Sc. Treb. 36. 1. [f] §. 1. J. l. c. L. 5. D. de iust. et iure. 1. 1. L. 84. §. 1. D. de R. J.

ein bloßes vinculum aequitatis [g], obligatio tantum naturalis [h], eine klagloſe alſo unvollkommene, aber nicht völlig unwirkſame Obligatio [i], welche den Gegenſatz der vollkommenen oder klagbaren (civiles obligationes im w. S. [k]) bildet. Die praktiſche Bedeutung ſolcher naturales obligationes liegt 1) darin, daß die Erfüllung derſelben eben als Erfüllung einer Rechtsverbindlichkeit, nicht etwa als Schenkung angeſehen, daher auch Rückforderung des Gezahlten wegen angeblich irrthümlicher Vorausſetzung einer Schuldverbindlichkeit ausgeſchloſſen wird [k]; 2) in der Möglichkeit ihrer Geltendmachung, wo es dazu der Klage nicht bedarf, namentlich durch Compenſation [l]; 3) darin, daß ſie den Grund zu einem andern Rechtsverhältniß abgeben können, welches zu ſeiner Entſtehung zwar eine Obligatio, aber nicht gerade eine klagbare Obligatio vorausſetzt [m].

Mit ſolchen, wenn auch nicht in jedem Falle mit allen dieſen, Wirkungen kann eine Verbindlichkeit ſtattfinden, ſowohl wo eine klagbare Obligatio nach Civilrecht ſchlechthin nicht oder nicht mehr vorhanden iſt [n] (iure civili oder ipso iure nulla obligatio), als auch wo die mit der Obligatio an ſich verbundene Klage durch eine entgegenſtehende Exceptio, ſey dieſe nun von Anfang an oder erſt durch einen ſpäter eingetretenen Umſtand begründet, entkräftet wird [o]. Allein eine Obligatio kann vermöge einer der Klage entgegenſtehenden perpetua exceptio auch völlig kraftlos ſeyn, ſo daß ſie ſelbſt der Wirkſamkeit einer naturalis obligatio entbehrt. Dieß iſt regelmäßig dann der Fall, wenn die Exceptio ſelbſt nur die naturalis aequitas gegen das ſtrenge Recht aufrecht erhalten ſoll, indem ſie eben geltend macht, daß jener gemäß keine Verbindlichkeit vorhanden ſey [p]; aber auch dann [s], wenn die Exceptio zwar auf beſonderer poſitiver Rechtsvorſchrift beruht, dieſe aber die Forderung völlig zu vereiteln, den Schuldner ſeiner Verpflichtung

[g] L. 95. §. 4. D. de solut. 46. 3. cf. pr. J. l. c. L. 10. D. h. t. 44. 7. [h] L. 5. pr. cit. cf. L. 101. §. 1. D. de solut. 46. 3. L. 40. pr. cit. [i] L. 10. in f. D. de V. S. L. 16. §. 3. 4. D. de fideiuss. 46. 1. — L. 5. §. 2. D. de solut. 46. 3. — L. 13. pr. L. 64. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 41. D. de pecul. 15. 1. [k] L. 16. §. 4. L. 64. cit. [l] L. 6. D. de compens. 16. 2. [m] L. 16. §. 3. cit. L. 5. pr. cit. L. 1. §. 7. D. de const. pec. 13. 5. L. 1. §. 1. D. de novat. 46. 2. [n] L. 14. D. h. t. 44. 7. L. 38. D. de cond. indeb. 12. 6. — cf. L. 2. §. 2. D. de cap. min. 4. 5. L. 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. vgl. mit Gai. IV. 104. [o] L. 9. §. 4. D. ad Sc. Maced. 14. 6. L. 19. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. — L. 8. 9. D. eod. — cf. L. 3. §. 7. D. quod quisque iur. 2. 2. [p] L. 66. D. de R. J., z. B. Dig. de doli mali et met. exc. 44. 4.

gänzlich zu entbinden bezweckt [q]. In ſolchen Fällen iſt denn in Wahrheit gar keine Schuldverbindlichkeit vorhanden [r]; die Obligatio iſt inefficax oder inanis [s], quasi nulla [t]; ſie kann nur dadurch wieder Wirkſamkeit erlangen, daß das auxilium exceptionis, welches dieſer entgegenſteht, aus irgend einem Grunde wegfällt [u].

Anm. [1] Savigny I. S. 37. behauptet zwar, daß die Unterſcheidung zwiſchen actiones civiles und honorariae nur nachläſſiger Weiſe in einigen Stellen auf die Obligationen übertragen worden ſey, nach richtigem Sprachgebrauch aber jede klagbare Obligatio civilis obligatio genannt und überall nur von civilis obl. mit actio civilis oder honoraria geſprochen werden ſollte. Aber vgl. dagegen Scheurl in d. Heidelb. krit. Ztſchrft. I. S. 504. Praktiſch kommt auf dieſe Unterſcheidung freilich nichts an. — Das römiſche Recht macht übrigens noch mehrere andere Unterſcheidungen rückſichtlich der Klagen aus Obligationen; insbeſondere tritt gerade hier der Unterſchied zwiſchen stricti iuris und bonae fidei actiones bedeutend hervor, wornach man auch obligationes stricti iuris und bonae fidei unterſcheiden kann; aber dieſer Unterſchied, ſo wichtig er iſt für richtige Erkenntniß des römiſchen Rechts, hat, wie andere, eine unmittelbar praktiſche Bedeutung heutzutage nicht mehr. Vgl. §. 100. Puchta §. 236.

[2] Ueber das Weſen der naturalis obligatio vgl. L. 84. §. 1. D. de R. J.: Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus. L. 16. §. 3. 4. cit. (not. i.) Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur. §. 4. Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse. L. 7. D. eod. Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est, huius naturalis obligationis fideiussorem accipi posse. L. 64. cit. Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit,.... repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum. — Die Rückforderung des Gezahlten iſt aus ſittlichen Rückſichten auch in Fällen ausgeſchloſſen, in denen gar nicht von einer rechtlichen Verbindlichkeit, ſondern nur von einer ſittlichen Pflicht die Rede ſeyn kann. L. 32. §. 2. L. 26. §. 12. D. de cond. ind. 12. 6. L. 11. Cod. de neg. gest. 2. 19. Hier kann nur in uneigentlichem Sinne von naturalis obl. geſprochen werden. Vgl. L. 25. §. 11. D. de her. pet. 5. 3. Doch ſehen Manche gerade in dieſer soluti retentio das charakteriſtiſche Merkmal der nat. obl., und ſuchen davon ausgehend den Begriff und die Theorie derſelben zu conſtruiren; ſo neuerdings und am ſcharfſinnigſten Chriſtianſen, zur Lehre von der nat. obl. und condictio indebiti. Kiel 1844.

[q] L. 2. D. ad. Sc. Vell. 16. 1. L. 40. pr. D. de cond. indeb. cf. L. 9. §. 4. cit. in f. [r] L. 3. §. 1. D. de const. pec. 13. 5. L. 26. §. 3. D. de cond. indeb. 12. 6. cf. L. 55. 112. D. de R. J. [s] L. 8. §. 9. D. ad Sc. Vell. L. 13. D. de iure dot. 23. 3. [t] L. 25. D. de V. O. 45. 1. [u] L. 95. §. 2. D. de solut. 46. 3. — L. 27. §. 2. L. 32. D. de pact. 2. 14. L. 13. D. de lib. leg. 34. 3.

Vgl. dagegen Puchta §. 236. Büchel Erörter. II. S. 57...119. und Erxleben, die condictiones sine causa. Leipzig 1850., I. S. 118...152. Ein älteres namhaftes Werk, auf dem Boden der damals gangbaren naturrechtlichen Anſichten ſtehend, iſt A. D. Weber's ſyſt. Entw. der L. v. d. natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlicher Wirkung, Schwerin 1784. 5. Aufl. 1811. Jetzt aber vgl. vorzüglich Savigny Obl. I. §. 5...14. mit Brinz krit. Bl. Nr. 3. und Scheurl a. a. O. I. S. 501. fg., auch Holtius Abh. civiliſtiſchen und handelsrechtlichen Inhalts, überſetzt von Sutrio, Utrecht 1851., Nr. 1. Richtig bemerkt Scheurl S. 516. „Eine naturalis obligatio iſt da anzunehmen, wo es unbillig wäre, deßhalb, weil der Gläubiger eine Klage gegen den Schuldner nicht gehabt oder verloren hat, die Gewährung oder Unterlaſſung als völlig der Willkür des Schuldners anheimgegeben zu denken"; und dazu S. 502. „vor Allem zu bemerken, daß die Frage, ob ein Rechtsinſtitut aus der naturalis ratio abzuleiten ſey, ... von uns ... nur als eine hiſtoriſche behandelt werden kann." Dagegen ſucht Brinz auszuführen, daß die naturales obl. ihrem Entſtehungsgrunde nach keine andern ſeyen, als die civiles, ihre Nichtklagbarkeit in anderm Grunde beruhe, der Grund aber, „warum ſie bis auf ein gewiſſes denn doch noch aufrecht erhalten werden," überall Vernunft (ratio) oder Billigkeit (aequitas) ſey. Gegen dieſen vgl. wieder Schultze de nat. pup. oblig. p. 13. sq.

[3] Vgl. L. 19. pr. de cond. indeb. (Pompon.) Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest. L. 40. pr. eod. (Marcian.) Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum; nam si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatusconsulto de intercessionibus; ubi vero in odium eius, cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit et paterfamilias factus solverit, non repetit. L. 9. §. 4. D. ad. Sc. Maced. (Ulpian.) ... hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit. — Ein Princip für die Entſcheidung der Frage, ob ungeachtet der perpetua exceptio noch eine wirkſame naturalis obligatio anzuerkennen ſey, kann aus dieſen Stellen nicht abſtrahirt werden; Sav. V. S. 375...379.; aber ſie geben doch der Geſetzesauslegung einen Geſichtspunkt an, welcher mag erkennen laſſen, ob nach der Abſicht eines Geſetzes auch die Wirkungen der naturalis obligatio, wo an ſich eine ſolche anzuerkennen wäre, ausgeſchloſſen ſeyn ſollen. Chriſtianſen a. a. O. S. 102...114. Vgl. auch Erxleben a. a. O. S. 130...134. und Scheurl a. a. O. S. 514. „(Der wahre Sinn der Regel) ſcheint mir darin zu beſtehen, daß unterſchieden wird, ob bei Einführung einer peremtoriſchen exceptio — die ja natürlich immer eben ſowohl einen Nachtheil des Gläubigers als einen Vortheil des Schuldners mit ſich führen muß, jene oder dieſe Wirkung in der Abſicht des die exceptio einführenden Rechtswillens liegt." — Ueber die einzelnen Fälle der naturalis obl., nach den manchfaltig abweichenden Anſichten, ſ. Puchta §. 236. Sav. und Brinz a. a. O.; über das heutige Recht Sav. §. 14.

H. Ausübung der Obligationen.

§. 218.

Das Recht des Gläubigers ist, daß die Verbindlichkeit des Schuldners erfüllt werde. In der Erwirkung und dem Empfang der Erfüllung besteht daher die Ausübung des Forderungsrechts. Die volle Ausübung der Forderung hebt diese selbst auf; es liegt im Zweck der Obligatio, daß sie durch Befriedigung des Gläubigers wieder vernichtet werde (§. 92.); von Besitz ist bei Forderungen deßhalb keine Rede (§. 129. Anm. 2.). Seine Befriedigung kann der Gläubiger, wenn sie nicht freiwillig gewährt wird, durch Klage, nach Umständen durch Exceptio bewirken; es ist aber möglich, daß er dabei mit andern Gläubigern in Collision gerathe, weil der Schuldner alle zu befriedigen außer Stand ist.

Anm. Ueber die Anwendung des Besitzbegriffes auf obligatorische Verhältnisse, ob und inwiefern sie denkbar sei? vgl. Bruns, Rt des Besitzes S. 480...488.

A. Von der Erfüllung.

§. 219.

1) Gegenstand derselben.

Der Gegenstand der Erfüllung bestimmt sich durch den Gegenstand der Forderung (§. 200. fg.); der Gläubiger braucht weder eine Theilung [a] noch eine Aenderung der Leistung [b], welche den eigentlichen Inhalt der Obligatio ausmacht, als Erfüllung anzunehmen, daher auch nicht die Leistung durch einen andern als den eigentlich Verpflichteten, sofern nicht die Persönlichkeit des Leistenden ohne Einfluß auf den Inhalt der Leistung ist [c]; er kann seinerseits eben so wenig etwas anderes fordern. Aber die gerichtliche Geltendmachung der Forderung führt nicht immer die Verwirklichung jener Leistung herbei, auch wo diese möglich wäre; oft findet sie ihr Ziel nur in Beitreibung des Geldwerthes derselben aus dem Vermögen des verurtheilten Schuldners.

Anm. Nach älterem Recht lautete die Condemnatio des Beklagten immer auf Geldzahlung, welches auch der Gegenstand der Obligatio seyn mochte; nur

[a] L. 41. §. 1. D. de usur. 22. 1. cf. L. 21. D. de reb. cred. 12. 1. — L. 9. §. 1. D. de solut. 46. 3. (§. 204.). [b] L. 2. §. 1. L. 3. D. de reb. cred. L. 98. §. 8. D. de solut. L. 16. Cod. eod. 8. 43. cf. L. 11. §. 25. D. de legat. III. [c] L. 31. D. de solut. cf. L. 53. eod.

bei arbitrariae actiones konnte zuvor durch einen wohl auch erzwingbaren Reſtitutions- oder Exhibitionsbefehl verſucht werden, den Schuldner, zu der beſtimmten Leiſtung anzuhalten (§. 100. not. m. §. 115. not. o.). Nach Juſtinianiſchem Recht geht das richterliche Urtheil in allen Fällen zunächſt auf den wahren Gegenſtand der Schuldverbindlichkeit, und wird dieſes auch in Ermangelung freiwilliger Erfüllung, ſoweit möglich, vollzogen, ausgenommen bei faciendi obligationes (L. 13. §. 1. D. de re iud. 42. 1. vgl. mit L. 14. Cod. de sent. 7. 45.) Bethmann-Hollweg Hdb. des Proc. I. §. 29...31. Nach heutigem Recht kann auch im letzten Falle directe Vollziehung gegen den Verurtheilten verſucht, und erſt, wenn ſie erfolglos iſt, Erſatz in Gelde an die Stelle geſetzt werden. Bayer, Vorträge über den Civilproceß S. 712. fg.

§. 220.

2) Zeit der Erfüllung.

Regelmäßig kann der Gläubiger die Erfüllung alsbald nach Entſtehung der Obligatio fordern, der Schuldner ſie leiſten, wann er will, nur nicht gerade zu unangemeſſener Stunde [a]. Oft aber ergibt ſich ſchon aus der Beſchaffenheit der Leiſtung von ſelbſt ein gewiſſer Aufſchub der Erfüllung [b]. Auch kann über die Zeit der Erfüllung etwas beſonderes feſtgeſetzt ſeyn, z. B. ein Tag, an welchem [c], oder eine Zeitfriſt, innerhalb welcher [d] zu erfüllen iſt. Eine ſolche Zeitbeſtimmung kann wohl den Vortheil des Gläubigers bezwecken [e]; im Zweifel aber wird ſie nur zu Gunſten des Schuldners gedeutet; diei adiectio pro reo est [f]; dieſer kann nicht vor Ablauf der beſtimmten Zeitfriſt belangt werden, dies nondum venit [g]; er kann aber wohl vor der Zeit erfüllen [h]. Die vorzeitige Erfüllung kann dem Gläubiger einen Vortheil gewähren [i], indem er früher, als er berechtigt war, in den Genuß des Schuld-Gegenſtandes kommt [k]; iſt dieſer zinsfähig, die Schuld aber war unverzinslich, ſo gewinnt der Gläubiger und der Schuldner verliert den Vortheil des Zinsgenuſſes für die Zwiſchenzeit von der wirklichen Zahlung bis zu dem ſpätern Zeitpunkt der Fälligkeit, das ſog. Interuſurium [l]. Der Gläubiger kann in den Fall kommen, dieſen Gewinn als unrechtlichen hinterher wieder erſtatten zu

[a] L. 14. D. de R. J. cf. L. 39. D. de solut. 46. 3. [b] §. 27. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 14. 60. 73. 98. §. 1. L. 137. §. 2. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 137. §. 4. eod. — L. 105. D. de solut. 46. 3. L. 21. §. 1. D. de pec. const. 13. 5. [c] L. 41. D. de V. O. 45. 1. [d] L. 42. eod. L. 50. D. de O. et A. 44. 7. [e] L. 17. D. de R. J. cf. L. 15. D. de ann. 33. 1. L. 43. §. 2. D. de legat. II. [f] L. 38. §. 16. L. 44. §. 1. L. 137. §. 2. D. de V. O. L. 70. D. de solut. [g] L. 213. D. de V. S. (§. 73. Anm. 2.). [h] L. 70. cit. not. f. [i] L. 10. §. 12. L. 17. §. 2. D. quae in fraud. cred. 42. 8. — L. 24. §. 2. D. sol. matr. 24. 3. [k] L. 9. §. 8. D. de pecul. 15. 1. L. 66. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2.

müſſen[1]. Keineswegs aber iſt der Schuldner berechtigt, wider Willen des Gläubigers früher zahlend von der Schuldſumme einen jenem Vortheil entſprechenden Abzug zu machen[2].

Anm. [1] Die gegenwärtige Erfüllung einer erſt künftig fälligen Leiſtung heißt repraesentatio, L. 24. §. 2. D. sol. matr. 24. 3. L. 88. §. 5. D. de legat. II., daher der Vortheil, den ſie dem Gläubiger gewährt, commodum repraesentationis, L. 1. §. 10. D. ad leg. Falc. 35. 2., commodum quod sentit in repraesentatione, L. 10. §. 12. D. 42. 8.; überhaupt aber heißt der Vortheil, welchen der Schuldgegenſtand in der Zwiſchenzeit, ſey es dem ſpäter zahlenden Schuldner oder dem früher bezahlten Gläubiger, gewährt hat oder gewähren kann, commodum temporis, medii temporis, L. 45. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 82. pr. D. de legat. II. L. 24. §. 2. cit., bei Zinsfähigkeit des Gegenſtandes gleichbedeutend mit interusurium (not. k.).

[2] Auch nicht, wie Puchta §. 241. behauptet, wenn die frühere Zahlung mit dem Willen des Gläubigers geſchieht, wenn er nicht auch Vergütung für das Interuſurium bewilligt hat. — Einen beſondern Fall enthält L. 24. §. 2. cit. Quoties mulieri satisdandum est de solutione dotis post certum tempus, si maritus satisdare non possit, tunc deducto commodo temporis, condemnatio residui repraesentatur; sed si, quum maritus satisdare posset, nollet, in solidum eum condemnandum Mela ait, non habita ratione commodi temporis. Iudicis igitur officio convenit, ut aut satisdatione interposita absolvat maritum, aut habita ratione compensationis (Hal. *repracsentationis*) eum condemnet, quod quidem hodie magis usurpatur. Nec ferenda est mulier, si dicat, magis se velle dilationem pati, quam in repraesentatione deductionem.

[3] Auch abgeſehen von den in Anm. 2. angedeuteten Fällen, kann es aus anderem Anlaß (z. B. L. 45. pr. 66. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2.) nothwendig werden, zu berechnen, wie viel bei früherer Zahlung der Gläubiger mehr, als er fordern kann, erhalten, der Schuldner mehr, als er ſchuldig iſt, hergeben würde, und ſo den Betrag der ſpäter fällig werdenden Schuldforderung für einen frühern Zeitpunkt zu ermitteln. Dieß iſt eine mathematiſche Aufgabe. Ihr Ziel iſt: einerſeits eine Summe zu beſtimmen, welche, mit Hinzurechnung des inzwiſchen möglichen Zinsgewinnes, zur Zeit der Fälligkeit das Capital ergibt, welches dann zu zahlen wäre, oder andererſeits die Summe zu beſtimmen, welche, ebenfalls mit Hinzurechnung des inzwiſchen davon möglichen Zinsgewinns, am Ende der Zahlungsfriſt ſo viel ausmacht, als der Schuldner durch das bis dahin noch ihm gebührende Interuſurium der Schuldſumme hätte gewinnen können. Dieſe beiden Summen müſſen ſo zuſammenſtimmen, daß nach Abzug der einen von dem eigentlichen Schuldcapital die andere übrig bleibt, beide zuſammen das letzte ergeben. Die richtige Löſung dieſer Aufgabe gewährt die von Leibnitz (in ſeiner Meditatio iuridico-mathematica de interusurio simplice, in den Actis Eruditorum, 1683.) aufgeſtellte logarithmiſche Berechnung des Interuſuriums, welche ein Capital darſtellt, das mit Zinſen und

[1] L. 16. §. 12. L. 17. §. 2. cit.

Zinſeszinſen am Ende der Zahlungsfriſt der eigentlichen Schuldſumme gleichkommt. Die mathematiſche Richtigkeit ihres Ergebniſſes iſt neuerdings nachgewieſen von Oettinger im civ. Arch. XXIX. 2., welcher zugleich eine im Reſultat übereinſtimmende neue Methode angibt, wornach gleichmäßig jene beiden Größen (für den Schuldner wie für den Gläubiger) ermittelt werden können. Eine andere Berechnung iſt die Hoffmanniſche (von G. A. Hoffmann in deſſen „Klugheit Haus zu halten", Leipzig 1731., aufgeſtellt), welche ein Capital findet, das mit Zurechnung der einfachen Zinſen am Ende der Friſt dem Schuldcapital gleichkommt, und ſo zwar dem Gläubiger genügt, den Schuldner aber verkürzt, nach der Formel: $X = \frac{100 \times k,}{100 + np}$ wenn k das Capital, n die Zahl der Jahre, p die Procente bezeichnet. Dieſe Berechnung wird gleichwohl noch von Manchen als die juriſtiſch richtige angeſehen, z. B. von Schrader Abh. II. 2. F. Zacharia's, über die richtige Berechnung des Interuſurii nach Grundſätzen des Rechts. Greifswalde 1531., Bang. III. §. 587. Dieß kann aber als Regel nicht zugegeben werden. Puchta Vorleſ. II. S. 49. Offenbar unrichtig iſt die nach Pinkhard von Carpzow (decis. III. num. 275.) vertheidigte Berechnungsart, welche ſchlechthin die Summe der einfachen Zwiſchenzinſen vom Capital abzieht, alſo bei einer Friſt von 20 Jahren und einem Zinsfuß von 5 Procent dieſes ganz aufzehrt, daher nur bei kurzen Zahlungsfriſten allenfalls erträglich erſcheinen kann.

Daß im römiſchen Recht eine der eben bezeichneten Berechnungsweiſen angewendet ſey, iſt unerweislich, würde auch nicht entſcheidend ſeyn. Puchta §. 241. not. g. Vgl. a) L. 88. §. 3. D. ad leg. Falc. 35. 2. Qui ducenta in bonis relinquebat, legavit mihi centum praesenti die, tibi aeque centum sub conditione; post aliquantum temporis extitit conditio, ita tamen ut ex reditu eius summae, quae tibi relicta est, non amplius quam viginti quinque reciperet: legis Falcidiae ratio ita habenda erit heredi, ut viginti quinque conferre ei debeamus et amplius fructus quinquaginta medii temporis, qui verbi gratia efficient quinque. Quum igitur triginta sint conferenda, quidam putant quina dena ab utroque nostrum conferenda esse; quod minime verum est. Licet enim eandem quantitatem acceperimus, manifestum tamen est, aliquanto uberius esse meum legatum. Quare statuendum erit, tanto minus in tuo legato esse, quantum ex fructibus eius heres perceperit. Secundum quod in proposita specie computationem ita iniri oportet, ut ex septem partibus ego quatuor, tu tres conferamus, quoniam quidem quarta pars amplius in meo quam in tuo legato est. Dieſe Stelle hat der Mathematiker Oettinger a. a. O. S. 44. nicht verſtanden, nicht wiſſend, daß nach der Lex Falcidia der Betrag des Vermögens wie der Vermächtniſſe mit Rückſicht auf die Todeszeit des Erblaſſers zu beſtimmen war. b) L. 3. §. 2. eod. Item si reipublicae in annos singulos legatum sit, quum de lege Falcidia quaeratur, Marcellus putat tantum videri legatum, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes eius summae, quae legata est, colligendas. Dieſe Stelle, wenn überhaupt für die vorliegende Frage Gebrauch davon zu machen, würde für die Leibnitziſche Methode ſprechen. Oettinger S. 45. 50.

§. 221.

3) Ort der Erfüllung.

Der Ort der Erfüllung, auch alternativ dieser oder jener [a], kann durch besondere Bestimmung [b], oder auch von selbst durch die Beschaffenheit der Leistung [c] gegeben seyn. Alsdann darf an einem andern Orte der Schuldner nicht leisten [d], der Gläubiger nicht fordern [e]. Diesem ist jedoch gestattet, auch an einem andern Orte darauf zu klagen [f], daß der Schuldner entweder an dem bestimmten Orte oder mit Berücksichtigung des Ortsinteresse, für die eine wie für die andere Partei, an dem Orte der Klage erfülle [g]. Ist der Erfüllungsort nicht bestimmt, so kann der Schuldner leisten, wo er den Gläubiger antrifft, nur nicht gerade an einem offenbar unpassenden Orte [g], und muß da leisten, wo er mit wirksamer Klage auf Erfüllung belangt wird [h]. Wenn jedoch eine bestimmte Sache (species) Gegenstand der Forderung ist, und diese ohne Unredlichkeit und Verschulden des Verpflichteten an einem andern Orte sich befindet, so hat Kosten und Gefahr ihrer Herbeischaffung der Gläubiger zu tragen [i].

Anm. [f] Die Klage aus einer stricti iuris obligatio auf Dare einer bestimmten Sache (certa obligatio, §. 203.) mit bestimmtem Erfüllungsorte konnte nach römischem Recht strenge genommen nur am Erfüllungsorte angestellt werden, es wäre denn von einem (italischen) Grundstücke die Rede, wobei der Ort der Klage um so weniger eine Aenderung in der Leistung bewirken konnte, als das Dare derselben an jedem Orte mit gleicher Wirkung (durch mancipatio oder in iure cessio) vollzogen werden konnte. Gai I. 121. II. 24. Um nun gleichwohl auch in jenem Falle die gerichtliche Verfolgung des Schuldners an anderem Orte möglich zu machen, führte das prätorische Edict eine besondere arbitraria actio *de eo quod certo loco dari oportet* ein, worauf sich Dig. h. t. bezieht. Bei bonae fidei obligationes und selbst bei stricti iuris aber incertae obligationes bedurfte es einer solchen Aushülfe nicht, weil hier die Unbestimmtheit der Formel: *quidquid dare facere oportet* ohnehin gestattete, das Ortsinteresse in Erwägung zu ziehen. L. 7. D. h. t. Vgl. Bethmann-Hollweg Versuche S. 35...50. Heutzutage hat nun diese arbitraria actio ihre formelle Bedeutung ganz verloren; die materiellen Bestimmungen darüber sind noch anwendbar. Vgl. §. 206. Anm. 4. e.

[a] L. 2. §. 3. D. de eo quod certo loco dari oportet. 13. 4. cf. L. 106. D. de V. O. 45. 1. [b] L. 1. 5. D. h. t. L. 4. D. de cond. trit. 13. 3. [c] z. B. L. 75. §. 10. D. de V. O. 45. 1. L. 3. §. 1. L. 6. §. 2. D. de act. emt. 19. 1. [d] L. 2. §. 7. L. 9. D. h. t. 13. 4. [e] L. 1. eod. [f] L. 2. et sqq. eod. L. un. Cod. ubi conveniatur qui certo loco dare promisit. 3. 18. [g] L. 39. D. de solut. 46. 3. (§. 220. not. a.) [h] L. 4. D. de cond. trit. 13. 3. L. 22. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. D. de ann. leg. 33. 1. [i] L. 38. D. de iud. 5. 1. L. 47. pr. §. 1. D. de legat. I. — L. 11. §. 1. D. ad exhib. 10. 4. L. 12. §. 1. D. depos. 16. 3.

[2] Vgl. Puchta §. 246. not. i. Mit Unrecht findet Sav. Obl. I. §. 49. darin eine einseitige Begünstigung des Gläubigers und einen Widerspruch mit Puchta's eigenen Worten in den Vorles. II. S. 54. „(Sonst kann der Schuldner so wenig fordern, daß der Gläubiger zu ihm, als der Gläubiger, daß jener zu ihm komme.)" Sav. will dagegen dem Schuldner die Wahl zwischen denjenigen Orten, an welchen der Gläubiger hätte klagen können, einräumen, weil auf jeden dieser Orte gleich Anfangs eine gewisse Erwartung gerichtet seyn müßte. Aber dieser Grund, der übrigens nur auf Obligationen aus Rechtsgeschäften paßt, würde doch nur für den damaligen Wohnsitz des Schuldners als möglichen Erfüllungsort sprechen.

4) Modificationen der Erfüllung.

§. 222.

a) Hinsichtlich des Gegenstandes.

Kann der eigentliche Schuldgegenstand nicht geleistet werden, so ist der Gläubiger, wo nicht dessen Forderung ganz wegfällt, durch Zahlung des Geldwerthes (aestimatio) zu befriedigen, und zwar des gemeinen Werthes nach Ort und Zeit der Leistung [a], es sey denn, daß durch Verschulden des Verpflichteten andere Ansprüche begründet würden (§. 206. 250. fg.). Umgekehrt kann bei einer Geldschuld, wenn der Schuldner Geld sich nicht zu verschaffen vermag, der auf Zahlung dringende Gläubiger genöthigt werden, statt dessen andere Sachen des Schuldners an Zahlungsstatt anzunehmen, jedoch nur die bessern und nach gerichtlicher Schätzung ihres Werthes [b]. Dieß ist das sog. beneficium dationis in solutum. Mit dem Willen des Gläubigers kann solche Umwandlung des Gegenstandes natürlich immer statthaben [c]. Die Annahme an Zahlungsstatt wirkt übrigens gleich einem Kaufe, wobei die Schuldsumme als der Kaufpreis gilt [d]. Doch kann im Fall der Eviction des Empfangenen auch die Schuldforderung als noch fortbestehend geltend gemacht werden [e].

Anm. Ein besonderes Vorrecht hat Justinian Kirchen und milden Stiftungen gewährt. Wenn sie ihre Schulden nicht durch Verwerthung beweglicher Sachen tilgen können, so soll entweder das Eigenthum unbeweglicher Sachen, aber nicht nach Auswahl des Gläubigers, und unter Erhöhung des Schätzungswerthes um $^1/_{10}$, an Zahlungsstatt gegeben oder auch der Gläubiger nur in den Besitz und Genuß dazu geeigneter Grundstücke gesetzt werden, um sich aus den

[a] L. 71. §. 3. D. de legat. I. L. 33. eod. [b] Nov. 4. cap. 3. vgl. ZR. §. 172. [c] pr. J. quib. mod. toll. obl. 3. 29. cf. Gai. III. 68. [d] L. 24. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 4. Cod. de evict. 8. 45. — L. 10. 24. Cod. de solut. et lib. 8. 43. — L. 4. in f. Cod. qui bon. ced. 7. 71. [e] L. 46. D. de solut. 46. 3.

Früchten allmählich Befriedigung zu verschaffen, wobei denn die Zinsen auf 3 Procent jährlich herabgesetzt werden. nov. 120. cap. 6. Auth. *hoc ius porrectum* Cod. de ss. eccles. 1. 2. Die Praxis hat daraus für jene juristischen Personen überhaupt ein Recht auf Herabsetzung ihrer Zinsverbindlichkeit im Falle starker Verschuldung abgeleitet.

b) Hinsichtlich der Zeit.

§. 223.

α) Durch erzwungene Stundung.

Dem Schuldner kann wider Willen des Gläubigers Stundung gewährt, d. h. eine Zeitfrist festgesetzt werden, innerhalb welcher jener zur Erfüllung nicht gedrängt werden, die Forderungsklage gegen ihn also nicht stattfinden soll. Dieß kann geschehen: 1) durch Beschluß der Mehrheit der Gläubiger, es sey aus Rücksicht auf den Vortheil der Gläubiger oder aus billiger Schonung für den Schuldner, jedoch auf höchstens 5 Jahre; die Mehrheit bestimmt sich nach der Größe der Forderungen, wenn aber diese auf beiden Seiten gleich ist, nach der Zahl der Personen [a]; 2) durch ein Rescript des Regenten, welches aber Sicherstellung der Gläubiger voraussetzt, sog. Moratorium, Indult, Anstandsbrief, litterae induciales oder respirationis u. s. w., sonst gewöhnlich ebenfalls auf 5 Jahre, daher auch litterae quinquennales oder Quinquenellen [b]. Klagen, die bloß auf Herausgabe von nicht dem Schuldner gehörenden Sachen gehen, werden durch die Stundung nicht gehindert. Für die gestundeten Klagen tritt so lange ein Stillstand der Verjährung ein [c].

§. 224.

β) Durch Güterabtretung.

Im Fall unverschuldeter Zahlungsunfähigkeit kann der Schuldner der gerichtlichen Verfolgung seiner Gläubiger dadurch sich entziehen, daß er ihnen seine ganze Habe zu ihrer Befriedigung überläßt, bonis cedendo, daher cessio bonorum, Güterabtretung [a]. In Folge dessen kann er sich gegen alle nicht erst später entstehenden Forderungsklagen durch Exceptio schützen [b], kann jedoch von

[a] L. 8. Cod. qui bon. ced. 7. 71. [b] L. 2. 4. Cod. de precib. 1. 19. RPO. Tit. 28. § 4. [c] L. 7. cit. in f. (§. 110. not. e.).

[a] Dig. de cessione bonorum. 42. 3. Cod. qui bonis cedere possunt. 7. 71. [b] L. 5. §. 1. D. h. t. L. 3. Cod. de reb. auct. iud. poss. 7. 72.

den nichtbefriedigten Gläubigern wieder belangt werden, wenn er nachher wieder in beſſere Vermögensumſtände kommt [c].

Anm. Die cessio bonorum wird als beneficium bezeichnet, eingeführt durch eine lex Julia, weil ſie den Schuldner gegen andere Folgen der Zahlungsunfähigkeit ſchützt. L. 1. 8. Cod. h. t. L. 11. Cod. ex quib. caus. infamia irrog. 2. 12. Heimbach im Rtslex. I. S. 873...877. Ueber ein angeblich (nach der nicht gloſſirten nov. 135. cap. 1.) dabei vorkommendes beneficium eiurationis bonae copiae (Mühlenbruch §. 154. not. 14. §. 170. not. 8.) vgl. Bethmann-Hollweg Hdb. des Proc. I. S. 345. fg. Heimbach a. a. O. S. 899. fg.

§. 225.

γ) Durch die Rechtswohlthat der Competenz.

In manchen Fällen kann der Schuldner verlangen, nur zu ſolchem Betrage verurtheilt zu werden, den er nach ſeinen Vermögensumſtänden, und zwar nach Abzug des ihm ſelbſt zum Lebensunterhalt Unentbehrlichen (d. i. der ſog. Competenz), zu zahlen im Stande iſt [a], in id quod facere potest [1]. Dieß nennt man heutzutage mit einem unrömiſchen Ausdrucke: beneficium competentiae. Das Recht wird durch eine, jedoch auf die Perſon des ſo berechtigten Schuldners beſchränkte [b] Einrede gegen die Forderungsklage geltend gemacht, die aber auch gegen die actio iudicati noch zuläſſig iſt [c]. Rückſichtlich des Reſtes bleibt nicht nur die naturalis obligatio beſtehen [d], ſondern dieſe wird auch durch Verbeſſerung der Vermögensumſtände des Schuldners wieder klagbar [e]. Ob und in welchem Maße die Rechtswohlthat zur Anwendung komme, hängt von dem Vermögen des Schuldners zur Zeit der Verurtheilung ab [f], wobei aber, einen Fall ausgenommen [g], andere Schulden nicht in Abzug kommen [h]. Unſtatthaft iſt ſie gegen Klagen aus Delicten und gegen Anſprüche, die durch Dolus des Schuldners begründet ſind [i], ſowie auch inſofern, als durch Dolus das Vermögen vermindert worden [k], und beſeitigt wird ſie durch

[a] L. 3. cit. L. 1. Cod. h. t. L. 6. 7. D. h. t.

[1] §. 37. 38. J. de act. 4. 6. L. 173. D. de R. J. L. 16...25. 30. D. de re iud. 42. 1. [b] L. 23...25. D. l. c. L. 7. pr. D. de except. 44. 1. L. 63. §. 1. 2. D. pro soc. 17. 2. L. 12...15. §. 1. D. sol. matr. 24. 3. [c] L. 17. §. 2. D. l. c. L. 41. §. 2. D. de re iud. 42. 1. L. 33. pr. D. de donat. 39. 5. L. 5. pr. D. quod cum eo. 14. 5. [d] L. 8. 9. D. de cond. indeb. 12. 6. [e] L. 63. §. 4. D. pro soc. 17. 2. L. un. §. 7. Cod. de rei ux. act. 5. 13. [f] L. 63. §. 6. D. l. c. L. 15. pr. D. sol. matr. 24. 3. [g] L. 19. §. 1. L. 49. 50. D. de re iud. L. 54. D. sol. matr. [h] L. 16. 19. pr. D. de re iud. L. 63. §. 3. D. pro soc. 17. 2. [i] L. 22. §. 1. L. 52. D. de re iud. L. 21. §. 6. D. rer. amot. 25. 2. L. 4. §. 1. 2. D. quod cum eo. 14. 5. [k] L. 63. pr. §. 7. D. pro soc. L. 51. pr. D. de re iud.

Verzicht, ſofern nicht deſſen Geltendmachung ſelbſt unanſtändig erſcheint [1]. Die Gründe, auf denen die Rechtswohlthat beruht, ſind entweder ein beſonderes perſönliches Verhältniß zwiſchen Schuldner und Gläubiger [2], oder die Beſchaffenheit des obligatoriſchen Verhältniſſes, aus dem die Forderung entſpringt [3], oder eine beſondere Eigenſchaft des Schuldners, welche dieſem gegen verſchiedene Gläubiger jene Begünſtigung gewährt [4].

Anm. [1] Der Ausdruck: *condemnare in id quod facere potest (reus)* bezeichnete eigentlich nur eine Beſchränkung der Verurtheilung auf den wirklichen Betrag des activen Vermögens des Schuldners, L. 82. D. ad leg. Falc. 35. 2. cf. §. 37. J. 4. 6. *„ut non ultra facultates damnetur"*, iſt aber ſpäter günſtiger ausgelegt worden nach L. 173. D. de R. J. In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsorum ratio habenda est, ne egeant. Cf. L. 19. §. 1. D. h. t. 42. 1. (Paul. lib. VI. ad Plautium.) Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur, et quidem is solo deducto aere alieno. Et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa. Imo, nec totum, quod habet, extorquendum ei puto, ut et ipsi *(ipsius)* ratio habeatur, ne egeat. — In neuerer Zeit aber hat man zu entdecken geglaubt, das letzte ſey ein beſonderes beneficium (executionis), welches, verſchieden von dem beneficium condemnationis in id quod facere potest, nicht in allen Fällen mit dieſem zuſammentreffe, Schömann, Obb. II. 5., oder doch, wenn es auch nach L. 173. cit. in allen denſelben Fällen gleichfalls ſtattfinde, von dem letzten dadurch ſich unterſcheide, daß nur dieſes (wenige Fälle ausgenommen: not. e.), nicht auch jenes, den Schuldner von der Klage wegen des Reſtes ganz befreie. Bang. I. §. 174. Heimbach im Rtslex. I. S. 887. fg. Vgl. dagegen Francke im civ. Arch. XXIII. 14. Unterholzner §. 181. 182. Buchta §. 244. not. a. In der 6. Aufl. hat aber auch Bangerow ſeine abweichende Meinung, ſo weit ſie von praktiſcher Bedeutung ſeyn würde, in der That aufgegeben, indem er völlige Befreiung von der Reſtforderung in keinem Falle mehr eintreten läßt.

[2] Aus dieſem Grunde haben das Beneficium a) Aeltern gegen Kinder, ſowie Patrone gegen Freigelaſſene. L. 16. 17. D. de re iud., ob auch die Kinder gegen die Aeltern? L. 30. in f. D. l. c.? (§. 437. Anm. 2.); ſodann b) Ehegatten gegen einander. L. 20. eod.; c) der Schwiegervater gegen den Mann, rückſichtlich der verſprochenen Dos, wenn ſie während der Ehe gefordert wird; L. 21. 22. pr. D. eod. L. 17. pr. D. sol. matr. L. 84. D. de iure dot. 23. 3.; endlich nach der Meinung Vieler d) auch Geſchwiſter, arg. L. 63: pr. D. pro soc. 17. 2. *„cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat."* vgl. Anm. 3. b.

[3] Dahin gehört die Competenzeinrede: a) des Ehemanns, ſeines Vaters und ſeiner Kinder (nicht anderer Erben) gegen die Dotalklage, nicht auch gegen die

[1] L. 14. §. 1. D. sol. matr. 24. 3.

Klage auf Rückgabe einer dos receptitia, L. 21. 23. 24. §. 1. D. de re iud. L. 12. et sqq. D. solut. matr.; dabei greift jedoch zum Theil auch der vorige Geſichtspunkt (Anm. 2.) mit ein; b) des Schenkers gegen die Forderung aus der Schenkung, „et quidem is solus deducto aere alieno“ (not. g.); cf. L. 23. D. de iure dot. 23. 3. L. 84. eod. L. 41. pr. D. de re iud. Meyerfeldt im Rh. Muſ. VII. S. 111. fg.; c) der Geſellſchafter gegen die Klage aus dem Geſellſchaftsverhältniß, §. 38. J. de act.; ob aber jedem socius zuſtändig? vgl. L. 63. pr. D. pro soc. 17. 2. (Ulp. lib. 31. ad edictum): Verum est, quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sint, sed unius rei, attamen in id, quod facere possunt quodve dolo malo fecerint, quominus possint, condemnari oportere: cf. L. 63. §. 3. ibid.; dagegen L. 16. D. de re iud. (Ulp. lib. 63. ad edictum): „... qui pro socio conveniuntur; socium autem omnium bonorum accipiendum est.“ (Hal. *socius ... accipiendus est*); welcher Zuſatz „am wahrſcheinlichſten eine bei der Zuſammenſetzung der Pandecten gemachte Einſchaltung der Compilatoren aus einem andern diſſentirenden Juriſten iſt. Das praktiſche Reſultat iſt, daß dieſe Beſchränkung auf eine Art der Societät in Folge des Widerſpruchs der beiden Stellen wegfällt.“ Puchta §. 245. not. p. Anders Bang. a. a. O. Anm. 2. num. 7. „Bei einer societas unius rei wird das beneficium freilich auch eingeräumt, aber nur, wenn ſich aus vorgängiger causae cognitio ergibt, daß hier wirklich die beiden socii in einem nahen innigen Verhältniß ſtehen“; arg. L. 22. §. 1. D. eod. Quod autem de sociis dictum est ... causa cognita se facturum praetor edicit; aber: causae cognitio autem in hoc erit, ut neganti se socium esse aut ex doli clausula obligato non succurratur. Dagegen wieder Marezoll in Linde's Ztſchr. XIV. 9. — Nicht hieher gehört die funeraria actio gegen den Ehemann nach L. 27. §. 2. L. 28. D. de religiosis, 11. 7. (Bang. Anm. 2. num. 5.), weil hier die Forderung an ſich auf id quod facere potest beſchränkt iſt. Puchta §. 245. not. aa.

[4] Aus dieſem Grunde genießen die Wohlthat der Competenz: a) Soldaten, gegen alle Forderungen, L. 6. pr. L. 18. D. de re iud. (nicht auch ſog. milites Christi und Justiniani); b) diejenigen, welche vor nicht langer Zeit aus der väterlichen Gewalt befreit ſind, rückſichtlich der während derſelben contrahirten Schulden, ſofern ſie nicht durch den Tod des Vaters ein erhebliches Vermögen erhalten haben; L. 49. D. de re iud. L. 2...5. D. quod cum eo. 14. 5.; c) der Schuldner, welcher ſeine Güter abgetreten, nachher aber wieder Vermögen erworben hat (§. 224.), rückſichtlich der Forderungen aller ſeiner damaligen Gläubiger. §. 40. J. de act. 4. 6. L. 4. §. 1. D. de cess. bon. 42. 3. cf. L. 3. Cod. de bon. auct. iud. poss. 7. 72. Die Behauptung, daß dieſes Beneficium auch ſpäter entſtandenen Forderungen gegenüber wirke (vgl. Thibaut Abh. Nr. 16.), wird nicht begründet durch L. 4. §. 1. cit. (Sabinus et Cassius putabant, eum, qui bonis cessit, ne quidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari), und, von innern Gründen abgeſehen, widerlegt durch §. 40. J. cit. „*ex integro* ... creditores cum eo experiuntur“, L. 3. Cod. cit. Ex contractu, *qui cessionem rerum antecessit*, debitorem contra iuris rationem convenies etc.

[b] Auch durch Vertrag kann die Einrede der Competenz begründet werden. L. 49. D. de pact. 2. 14. — Ungegründet aber ist die Annahme eines sog. beneficium competentiae ex iure tertii (Thibaut Syst. §. 107.), das man u. a. dem zum Unterhalt des Schuldners Verpflichteten hat beilegen wollen. Puchta §. 245. a. E., Vang. §. 174. a. E.

B. Von der Collision der Ausübung mehrerer Forderungen.

§. 226.

Die Forderungen mehrerer Gläubiger können collidiren wegen der Identität ihres Gegenstandes; alsdann hat der Schuldner den einen oder andern durch den Geldwerth der Leistung abzufinden [a]. Eine Collision in der Ausübung entsteht, wenn zugleich mehrere Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners Befriedigung zu erlangen suchen, während doch dieses Vermögen alle zu befriedigen nicht hinreichenden Geldeswerth hat, der Schuldner also im Zustande der Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) sich befindet. Ein solcher concursus creditorum veranlaßt ein besonderes Verfahren (Concursverfahren, Gantverfahren), um die Befriedigung der Gläubiger nach Maßgabe ihrer Ansprüche aus dem Gesammtvermögen des Schuldners, soweit möglich, ordnungsmäßig zu bewerkstelligen. Dieses Verfahren wird eröffnet oder der Concurs der Gläubiger förmlich constituirt durch ein richterliches Dekret, welches entweder durch die eigene Erklärung des Schuldners (Güterabtretung, §. 224.) oder durch Antrag der Gläubiger wegen wahrscheinlicher Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hervorgerufen wird [b]. In Folge der Concurseröffnung verliert der Schuldner (Cridar) die Verfügung über seine Güter (Concursmasse); für diese wird ein Verwalter bestellt (curator bonorum, Massacurator), und ein Contradictor übernimmt es, sein Interesse und zugleich das der Gesammtheit der Gläubiger gegen die Ansprüche der Einzelnen zu vertreten. Die Gläubiger aber können nunmehr aus dem fraglichen Vermögen nur vermöge rechtzeitiger Theilnahme an diesem Verfahren Bezahlung erlangen [c], obwohl ihre Forderungen gegen den Schuldner, soweit dieß nicht der Fall ist, bestehen bleiben [d]. Doch kann aus

[a] L. 33. D. de legat. I. (§. 222.) cf. L. 26. D. locati. 19. 2. [b] Dig. de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis. 42. 5. de curatore bonis dando. 42. 7. Cod. de bonis auctoritate iudicis possidendis seu venumdandis et de separationibus bonorum. 7. 72. [c] L. 6. §. 7. D. quae in fraud. cred. 42. 8. [d] L. 3. Cod. l. c. §. 224.)

besondern Gründen wohl ein gewisser Bestandtheil des Vermögens zunächst zur Befriedigung gewisser Gläubiger ausgeschieden und ein besonderer Concurs darüber eröffnet werden [c]. Das Ziel des ganzen Verfahrens ist: einerseits sämmtliche dem Gemeinschuldner gehörende Vermögensgegenstände (die Activa) zu ermitteln und durch Veräußerung den Gesammt-Geldeswerth derselben zu gewinnen: andererseits alle in Betracht kommenden Ansprüche gegen jenen (die Passiva) nach ihrem Geldwerthe klar zu stellen und alsdann nach Verhältniß des Betrages und nach der ihnen zukommenden Rangordnung zu befriedigen.

Anm. Das heutige Concursverfahren weicht vom römischen in vielen Punkten ab. Das Nähere darüber gehört der Proceßlehre an. Vgl. Bayer Theorie des Concursproceſſes, 4. Aufl. München 1850.

§. 227.

Von dem Gesammtbetrage des schuldnerischen Vermögens wird zunächst vorweg genommen, was erforderlich ist, um die durch die Verwaltung desselben und durch das Gantverfahren begründeten Ansprüche zu befriedigen, als welche die Concursmasse selbst mindern, die Forderungen nämlich der sog. Massagläubiger, und die Gerichts- und Verwaltungskosten [a]. Was übrig bleibt, bildet den Gegenstand, der zur Befriedigung der concurrirenden Gläubiger dient. Regel ist, daß diese einander gleichstehen, ohne Rücksicht auf die Entstehungszeit ihrer Forderungen; sie haben also gleichmäßigen Anspruch auf Befriedigung nach Verhältniß des Betrages der Forderungen, soweit das Vermögen ausreicht [b]. Jedoch müssen Strafforderungen [1] den übrigen nachstehen [c]. Sodann ist manchen Forderungen ein besonderes Vorzugsrecht vor andern eingeräumt, kraft dessen sie vor diesen auf Befriedigung Anspruch haben, privilegium exigendi [d], welches entweder nur zu Gunsten der Person des Gläubigers besteht, privilegium personae [2], oder mit der Forderung an sich verbunden ist, privilegium causae [3]. Unter diesen bevorzugten Forderungen ist einigen [4] wieder der Vorzug vor andern beigelegt [e]; außerdem tritt unter ihnen ebenfalls die Regel

[a] Dig. de separationibus. 42. 6. Cod. l. c.
[b] L. 8. D. depos. 16. 3. L. 72. D. ad leg. Falc. 35. 2. [b] L. 6. Cod. h. t. cf. L. 32. D. h. t. [c] L. 17. 37. D. de iure fisci. 49. 14. L. un. Cod. poenis fiscalibus creditores praeferri. 10. 7. cf. L. 48. §. 1. D. l. c. [d] L. 46. et sqq. D. h. t. 42. 5. (in editt. Vulg. et Hal. „*Tit. VI. de privilegiis creditorum*"). [e] L. 34. D. h. t. L. 45. D. de relig. 11. 7.

der Gleichheit ein [f]. Diejenigen aber, welchen ein Pfandrecht an Vermögensgegenständen des Schuldners zusteht, können nach römischem Recht dieses geltend machen, ohne an dem Concurs theilzunehmen [g]; nach heutiger Praxis sind auch sie gleich andern (d. i. chirographarischen) Gläubigern genöthigt, sich in den Concurs einzulassen, können aber dann vor den letzten nach der Rangordnung ihres Pfandrechts aus dem Geldwerthe der Pfandgegenstände Bezahlung verlangen. Nur einigen bevorzugten Forderungen, welche deßhalb absolut privilegirte heißen, ist selbst vor ihnen der Vorzug gegeben [5]. So ergeben sich denn fünf verschiedene Classen von Gläubigern, welche beim Concurse vorkommen können: 1) absolut privilegirte Gläubiger, 2) privilegirte, und 3) nicht privilegirte Pfandgläubiger, 4) privilegirte und 5) nicht privilegirte chirographarische Gläubiger. Zu den (privilegirten oder nicht privilegirten) chirographarischen Gläubigern gehören auch die Pfandgläubiger, sofern sie zugleich eine persönliche Forderung gegen den Cridar haben und nicht in der zweiten oder dritten Classe befriedigt worden sind.

Anm. [1] Diese Regel spricht L. un. (not. c.) aus: „Rem suam persequentibus poenae exactio postponitur", und macht sofort die Anwendung auf fiscalische Strafen: Sicut itaque in sortis quantitate fisci persecutio potior est (vgl. Anm. 2.), ita in triplo, quod poenae nomine adiectum est, propria forma servanda est; übereinstimmend mit L. 17. cit. In summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi. Zu widersprechen scheint L. 37. cit. (Papinian.): Quod placuit, fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune privatorum fiscus amittat. „Sie könnte so verstanden werden: er wird in Beziehung auf die Strafe, wie ein Privatus behandelt, er steht nicht schlechter, als ... derjenige Privatus, welcher ebenfalls eine Strafforderung hat." Puchta Vorles. II. S. 62. Nicht anwendbar ist die Regel auf Conventionalstrafen (§. 211.). — Nicht hieher gehört der Satz, daß Ansprüche aus Verleihungen auf den Todesfall den übrigen nachstehen; jene sind unwirksam, sofern nicht der Verstorbene nach Abzug der Schulden noch hinreichendes Vermögen hinterlassen hat. L. 4. §. 1. L. 6. pr. D. de separat. 42. 6. L. 17. D. de m. c. donat. 39. 6. Vgl. Arndts im Rtslex. IV. S. 21. fg.

[2] Ein privilegium personae (vgl. §. 23. Anm. 4) hat a) der Fiscus. L. 34. D. h. t. L. 10. pr. D. de pact. 2. 14. cf. Pauli sentt. V. 12. §. 10. (Anm. 1.) b) der Regent und dessen Gemahlin. L. 6. pr. D. de iure

[f] L. 32. D. h. t. [g] L. 6. 10. pr. Cod. h. t. cf. L. 74. D. de iure dot. 23. 3. L. 9. Cod. qui pot. 8. 18.

fisci. 49. 14. c) Städte, L. 38. §. 1. D. h. t. 42. 5. cf. L. 10. D. ad munic. 50. 1., und nach der Meinung Vieler d) Kirchen, was aber durch kein Gesetz, namentlich nicht durch L. 23. Cod. de ss. eccles. 1. 2., begründet ist. e) die Ehefrau oder Braut wegen ihrer Dotalforderung. L. un. Cod. de privilegio dot. 7. 74. L. 17. §. 1. L. 19. pr. D. h. t. 42. 5. f) Bevormundete wegen der Vormundschaftsforderungen gegen Vormünder oder Protutoren, auch gegen Geschäftsführer. L. 19. §. 1. . . L. 23. D. h. t. L. 42. 44. §. 1. D. de adm. tut. 26. 7.

[3] Ein privilegium causae besteht für folgende Forderungen: a) wegen der Kosten der Beerdigung, sey es des Schuldners oder eines Andern, dessen Beerdigung jenem oblag, L. 17. pr. D. h. t. L. 45. D. de religios. 11. 7., desgleichen, nach der Praxis, b) wegen der Kosten der Krankheit, an welcher der Schuldner gestorben ist, und c) des Gesindelohns; d) aus einem Geldbarlehn, welches zum Wiederaufbau eines Gebäudes gegeben und verwendet worden ist, L. 24. §. 1. D. h. t. L. 25. D. de reb. cred. 12. 1., sowie e) wegen verhältnißmäßigen Ersatzes der Reparaturkosten eines gemeinschaftlichen Gebäudes, L. 52. §. 10. D. pro soc. 17. 2. (§. 133. not. g.); f) für die Forderung, welche zum Zweck der Anschaffung, Erbauung oder Ausrüstung eines Schiffes contrahirt oder durch den Verkauf eines solchen erworben ist, L. 26. 34. D. h. t.; g) für die Forderung auf Rückgabe des bei einem Banquier (Argentarius) unverzinslich niedergelegten Geldes, L. 24. §. 2. D. h. t. cf. L. 7. §. 2. D. depos. 16. 3., nach der Praxis aber h) wohl auch überhaupt für die actio depositi directa. — Wer das Geld hergegeben hat zur Befriedigung eines privilegirten Gläubigers, tritt rücksichtlich seiner desfallsigen Forderung in das Vorzugsrecht des abgefundenen Gläubigers ein. L. 24. §. 3. D. h. t. L. 2. D. de cess. bon. 42. 3.

[4] Nach römischem Recht haben die erste Stelle die Begräbnißkosten (Anm. 3. a.), sodann die Forderung in Anm. 3. g., wenn Rückgabe derselben Geldstücke verabredet war, daneben 2. a. b. und nach der gewöhnlichen Meinung c., dann hiernach 3. f. (dagegen Pachta §. 248. not. v.), endlich nach allen andern 3. g., wenn das Depositum ein sog. depositum irregulare war. Vgl. Puchta Vorles. II. S. 59. fg. Seuffert §. 254. Anders zum Theil nach heutigem Rechte; denn:

[5] Absolut privilegirte Forderungen sind: vor allen die wegen der Begräbnißkosten, sodann als gleichberechtigte die wegen der Krankheitskosten (3. b.), des Gesindelohns (3. c.) und rückständiger öffentlicher Abgaben. Vgl. Mühlenbruch §. 273. Sint. §. 94.

[6] Was den Sprachgebrauch betrifft, so ist schon dem R. R. der Ausdruck *chirographarii creditores* (oder *debitores*) geläufig: L. 4. Cod. h. t. L. 10. Cod. qui pot. 8. 18. L. 7. Cod. de novat. 8. 42. L. 38. §. 1. D. h. t. Pauli sentt. V. 26. §. 4. Die privilegirten heißen privilegiarii creditores. L. 24. §. 3. D. h. t.

§. 228.

So lange der Concurs noch nicht eröffnet ist, behält der Schuldner die Verfügung über sein Vermögen und kann der einzelne

Gläubiger für ſich rechtmäßig Zahlung ſeiner Forderung erwirken, mag auch der Schuldner in der That ſchon zahlungsunfähig ſeyn [a]. Allein, wenn dieſer in der unredlichen Abſicht, ſeine Gläubiger zu verkürzen, Veräußerungen vorgenommen hat, die auch wirklich dieſen Erfolg haben, alienationes in fraudem creditorum factas, ſo können die benachtheiligten Gläubiger oder in deren Intereſſe der Concurscurator das Veräußerte noch als Object ihrer Befriedigung in Anſpruch nehmen und zu dieſem Zweck mit einer perſönlichen actio in factum, Pauliana actio [1], den Empfänger auf Rückerſtattung deſſelben nebſt Zubehör, ſoweit ſie zu ihrer Befriedigung erforderlich iſt, belangen [b], und zwar unbedingt, wenn die Veräußerung unentgeltlich geſchehen [c], im andern Falle nur, wenn auch der Empfänger in unredlicher Abſicht gehandelt hat [d], dann aber auch ohne daß dieſer dagegen Rückerſtattung des Gegenſtandes ſeiner Gegenleiſtung, ſofern er nicht noch vorhanden iſt, fordern könnte [e]; jedoch nach einem Jahre (annus utilis) nur mehr, ſo weit der Beklagte bereichert iſt [f], und nur mit gleicher Beſchränkung gegen die Erben [g]. Aus dieſem Grunde kann nun auch der Gläubiger, welcher zum Nachtheil der übrigen Gläubiger Bezahlung ſeiner Forderung vom Schuldner erhalten hat, zur Rückerſtattung angehalten werden, nicht bloß, wenn dieß erſt nach Eröffnung des Concurſes geſchehen iſt [h], ſondern auch, wenn und ſoweit jener ſchon vorher durch vorzeitige Zahlung mehr, als er fordern konnte [i], commodum repraesentationis (§. 220.), oder wenn er etwas anderes, als er zu fordern hatte [k], nicht auch, wenn er, obwohl aus Begünſtigung des Schuldners und dieſes wiſſend, nur Bezahlung ſeiner Schuldforderung [l] erlangt hat [2].

Anm. [1] Zu demſelben Zweck gibt das R. Rt auch ein nur formell verſchiedenes interdictum fraudatorium L. 10. pr. D. h. t. — Außerdem wird noch einer restitutoria oder rescissoria in rem actio bezüglich der veräußerten Sachen erwähnt in §. 6. J. de act. 4. 6. cf. L. 7. D. h. t. Schröter in Linde's Ztſchr. VI. S. 137 fg. Sav. V. S. 27. (§. 97. Anm. 4.), die aber vielleicht nur auf Veräußerungen nach ertheilter missio in possessionem

[a] L. 6. §. 7. D. quae in fraud. cred. 42. 8. [b] Dig. quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur. 42. 8. Cod. de revocandis, quae in fraudem creditorum alienata sunt. 7. 75. [c] L. 6. §. 11. L. 25. pr. D. h. t. L. 5. Cod. h. t. [d] L. 1. pr. L. 6. §. 8. L. 9. 10. §. 2...5. L. 25. §. 1. D. h. t. cf. L. 45. pr. D. de iure fisci 49. 14. [e] L. 7. 8. D. h. t. [f] L. 6. §. 10. L. 10. §. 18. 24. D. h. t. [g] L. 10. §. ult. L. 11. D. h. t. (§. 104. Anm. 2.) [h] L. 6. §. 7. L. 10. §. 16. D. h. t. [i] L. 10. §. 12. L. 17. §. 2. D. h. t. [k] arg. L. ult. D. quib. ex caus. in poss. 42. 4. cf. L. 6. §. 6. in f. L. 10. §. 13. L. 22 D. h. t. [l] L. 6. §. 6. 7. D. h. t. cf. L. 129. D. de R. J.

bonorum zu beziehen ist („bonis eius a creditoribus possessis ex sententia praesidis"), welche nämlich nach römischem Recht nicht ipso iure ungültig waren. Verwerflich ist jedenfalls die Meinung von Schneider, subsidiäre Klagen S. 271. fg. Vang. I. §. 178. u. a., welche das Verhältniß dieser restitutoria actio zur Pauliana dahin bestimmen, daß die letzte nur nach geschehenem Güterverkauf, die erste schon vorher stattfinde. L. 10. §. 1. D. h. t. beweist dies nicht; gibt es eine restitutoria actio zur Anfechtung früherer Veräußerungen, so kann diese eben so wie die persönliche Schadensklage nur unter Voraussetzung wirklicher Benachtheiligung der Gläubiger statthaben, welche regelmäßig, obgleich nicht immer, erst durch die distractio bonorum constatirt seyn wird, und beide Klagen können vor beendigtem Concursverfahren durch den curator bonorum ausgeführt werden. Cf. L. 1. pr. D. h. t.

[3] Ueber diesen Punkt bestehen sehr verschiedene Meinungen: a) Alle aus bloßer Begünstigung eines Gläubigers (per gratificationem) von dem zahlungsunfähigen Schuldner vor der Concurseröffnung geleisteten Zahlungen sollen anfechtbar seyn. Diese früher sehr gewöhnliche sog. Gratificationstheorie ist nach not. t. entschieden falsch. b) Dasselbe soll wenigstens gelten, sofern der befriedigte Gläubiger conscientiam fraudis hatte; so nach Laspeyres im civ. Arch. XXI. 2., arg. L. 6. §. 1. 2. L. 24. 25. §. 1. D. h. t. L. 96. pr. D. de solut. 46. 3.; dagegen Vang. III. §. 697. Puchta §. 380. Vgl. Francke im civ. Arch. XVI. 5. c) Doch soll die Zahlung einer naturalis obligatio der Pauliana actio unterliegen: Francke S. 269.; dagegen Vang. a. a. O. d) Selbst datio in solutum soll unanfechtbar seyn: Puchta §. 380. und Vorles. II. S. 228.; dagegen Francke S. 262. fg. Vang. §. 697. a. E. Bayer a. a. O. S. 70. not. 9. e) Vorzeitige Zahlung einer Schuld, deren Zahlungszeit erst nach der Concurseröffnung eingetreten wäre, soll nicht bloß quoad commodum repraesentationis, sondern ihrem ganzen Betrage nach anfechtbar seyn: Francke 266 fg. Laspeyres S. 75. fg.; dagegen Puchta Vorles. S. 227. Vang. a. a. O. — Bestellung eines Pfandes kann unzweifelhaft die Klage begründen (not. k.). — Vgl. überhaupt noch Holzschuher I. S. 223. II. 2. S. 1017. fg.

III. Entstehung der Obligationen.

§. 229.

Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen sind 1) Rechtsgeschäfte (§. 58. 63), und zwar vorzüglich a) Rechtsgeschäfte, welche nach dem vereinigten Willen beider Theile, des zu Berechtigenden wie des zu Verpflichtenden, auf Begründung einer Obligatio absichtlich gerichtet sind, d. i. Verträge, obligatorische oder Schuld-Verträge (§. 63.), b) einseitige auf Uebernahme einer Verbindlichkeit absichtlich gerichtete Willenserklärung von Seiten des sich Verpflichtenden, Pollicitatio, die nur ausnahmsweise eine Obligatio wirklich erzeugt, c) Handlungen, welche, obwohl eine rechtliche

Wirkung bezweckend (§. 63.), doch nicht wesentlich auf Erzeugung einer Obligatio gerichtet sind, gleichwohl aber eine solche hervorbringen, die man denn Quasicontractus nennen kann; 2) unerlaubte Handlungen (§. 84.); 3) Zustände, zufällige Umstände, aus welchen nach rechtlicher Vorschrift eine Obligatio entspringt, ohne daß eine Handlung von der einen oder andern Seite vorauszusetzen ist. Bei diesen Entstehungsgründen der Obligationen kommt dann noch in Frage, inwiefern deren Wirkung auch auf andere Subjecte sich erstrecke, als diejenigen, für deren Person der obligatorische Grund eingetreten ist.

Anm. Ueber die römischen Eintheilungen vgl.: a) Gai III. 88. Omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. b) §. 2. J. de obl. 3. 13. Sequens divisio (obligationum) in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu (cf. J. 3. 27. *de obligationibus quasi ex contractu*), aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio (cf. J. 4. 5. *de obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur.*). c) L. 1. D. de O. et A. 44. 7. (Gai. lib. 2. aureor.): Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. — „Eine sehr tumultuarische Classification gibt Modestinus in L. 52, eod." Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut iure honorario, aut necessitate, aut ex peccato. Puchta §. 249. vgl. Sint. §. 95. Ueber die ganze Lehre Sav. Obl. II. §. 51. u. 85.

A. Rechtsgeschäfte.

§. 230.

In Ansehung der Rechtsgeschäfte als Entstehungsgrund von Obligationen kommen die allgemeinen Grundsätze über dieselben, sowie über Handlungen überhaupt, zur Anwendung (§. 59—79.). Hiernach können denn insbesondere Rechtsgeschäfte, namentlich Verträge, solcher Personen, denen die dazu erforderliche Handlungsfähigkeit fehlt, nicht Entstehungsgrund einer wirksamen Verpflichtung für diese Personen seyn [a]. Indessen kann daraus wohl mittelbar durch Hinzutreten eines andern Grundes, ex re [b], namentlich wegen einer ihnen zugegangenen Bereicherung [c], eine vollkommene Verbindlichkeit für sie hervorgehen. Insofern kann insbesondere auch ein Unmündiger in Folge eines ohne Autoritas des Tutors vorgenommenen Rechtsgeschäftes vollkommen wirksam verpflichtet

[a] L. 5. D. de R. J. L. 1. §. 12. 13. D. de O. et A. 44. 7. (§. 59.) [b] L. 46. D. l. c. [c] L. 1. §. 2. .. L. 3. D. commod. 13. 6. L. 14. D. de cond. indeb. 12. 6.

werden [d], während dieſes unmittelbar und an ſich ſolche Wirkung nicht hat [e].

Anm. Eine alte Streitfrage iſt es, ob der pupillus infantia maior durch Rechtsgeſchäft nicht eine naturalis obligatio contrahire, auch abgeſehen von dem Fall der Bereicherung (not. d.), in welchem eine klagbare, nur ihrem Grunde nach als naturalis bezeichnete Obligatio beſteht? Die Stellen in not. e. verwerfen eine Obligatio des Pupillen theils ſchlechthin (*nulla obligatio est, non obligari pupillum*), theils iure civili (oder more nostrae civitatis). Aber a) in zwei Stellen wird ausdrücklich auch eine naturalis obligatio geläugnet: L. 59. D. de O. et A. 44. 7. Pupillus pecuniam mutuam accipiendo *ne quidem iure naturali obligatur*. L. 41. D. de cond. indeb. 12. 6. Quod (*Si quod?*) pupillus sine tutoris auctoritate promiserit, solverit, repetitio est, *quia nec natura debet*. Dagegen b) nehmen andere Stellen eine ſolche an, und zwar nach verſchiedenen Beziehungen α) L. 1. §. 1. D. de novat. 46. 2. cf. Gai. III. 119. β) L. 42. D. de iureiur. 12. 2. L. 95. §. 4. D. de solut. 46. 3. cf. L. 127. D. de V. O. 45. 1. L. 35. D. de recept. 4. 8. γ) L. 19. §. 4. D. de donat. 39. 5. L. 95. cit. §. 2. 4. L. 21. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 25. §. 1. D. quando dies. 36. 2. δ) L. 64. pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Vgl. auch noch L. 3. §. 4. in f. D. de neg. gest. 3. 5. Die verſchiedenen Hauptmeinungen ſind hiernach: 1) Ohne Bereicherung, deren Exiſtenz aber in verſchiedenen Fällen ſupponirt werde, entſtehe überall keine naturalis obligatio des Pupillen oder nur in einem ganz uneigentlichen rein factiſchen Sinne. So Puchta §. 237. not. h. (vgl. Holzſchuher II. 2. S. 4.), mit zum Theil ſcharfſinniger, aber auch zum Theil unrichtiger oder gezwungener Erklärung der Stellen, namentlich unter α. β. 2) Es ſey zu unterſcheiden zwiſchen infantiae und pubertati proximi. Donell. XII. cap. 22. 3) Es entſtehe in jedem Falle eine naturalis obligatio mit allen regelmäßigen Wirkungen, z. B. Göſchen §. 428. Rudorff Vormundſch. II. S. 280. Sav. Obl. I. S. 61. fg. (obwohl einen Widerſpruch zwiſchen den Stellen unter a und b anerkennend), und Scheurl a. a. O. S. 508. (welcher den Widerſpruch noch beſeitigen zu können meint); jedoch nur mit der Beſchränkung, daß die vom Pupillen als ſolchem ohne Tutor geleiſtete Zahlung zurückgefordert werden könne: Büchel Erörter. II. S. 68. fg. Bang. I. §. 279. Schultze de naturali pupillorum obligatione Gryphiae 1853; auch mit Ausſchließung der (praktiſch am meiſten bedenklichen) Geltendmachung durch Compenſation: Chriſtianſen, zur Lehre von der nat. obl. S. 120. 4) Es entſtehe zwar eine naturalis obligatio, die aber gegen den Pupillen ſelbſt überhaupt der regelmäßigen Wirkungen entbehre. Brandis in Linde's Ztſchr. VII. S. 149. fg. Vgl. auch Weber nat. Verbindl. §. 71. Roßhirt in ſeiner Ztſchr. I. 2. S. 130. fg. Unterholzner I. §. 78. Die letzte Anſicht läßt ſich mit den

[d] L. 5. pr. §. 1. D. de auct. tut. 26. 5. L. 3. §. 4. D. de neg. gest. 3. 5. L. 1. §. 15. D. depos. 16. 3. cf. L. 4. §. 4. D. de doli exc. 44. 4. L. 13. §. 1. L. 14. D. de cond. indeb. 12. 6. [e] §. 3. J. quib. mod. obl. toll. 3. 20. L. 8. §. 15. D. ad Sc. Vell. 16. 1. L. 1. Cod. de inutil. stip. 8. 39. cf. L. 43. D. de O. et A. 44. 7. L. 8. pr. D. de adquir. 29. 2.

obigen Stellen am ersten vereinigen. In anderer Weise vermittelnd ist die Ansicht von Brinz S. 15. 47. — Ueber Verpflichtungen Minderjähriger vgl. §. 59. Anm. 2. und B. IV. Cap. 3.

1) Verträge.

a) Eingehung von Schuldverträgen.

§. 231.

α) Willenserklärung.

Ein Schuldvertrag ist die gegenseitig erklärte Einigung des Willens verschiedener Personen, welcher auf Begründung einer Verpflichtung der einen oder beider zu einer obligatorischen Leistung gerichtet ist. Wesentlich also ist dazu ein Versprechen von der einen, und Annahme desselben (Acceptation) von der andern Seite (einseitiger Schuldvertrag), oder gegenseitiges Versprechen und dessen Annahme von beiden Seiten (zweiseitiger Schuldvertrag). Der Vertrag ist geschlossen (perfect), wenn über alle wesentlichen Punkte der einige Wille der handelnden Personen (der Paciscenten oder Contrahenten) in bindender Absicht (und in der gehörigen Form §. 232.) erklärt ist [a]. Unverbindlich also sind 1) einseitige Aufforderungen oder Anerbietungen (Propositionen) zur Vertragschließung, selbst wenn sie in ein förmliches Versprechen eingekleidet sind, so lange nicht deren Annahme von der andern Seite erklärt ist; die Annahme aber ist wirkungslos, wenn sie erst erfolgt, nachdem das Anerbieten, ausdrücklich oder stillschweigend, zurückgenommen ist [b]; 2) beiderseitige vorbereitende Verhandlungen über einen einzugehenden Vertrag (Tractate), so lange nicht die Einigung des Willens wirklich zu Stande gekommen und erklärt ist. Doch kann wohl das Ergebniß solcher Unterhandlungen schon in bindende Verträge (pacta praeparatoria) gefaßt und so namentlich vorerst festgestellt werden, daß ein gewisser Vertrag geschlossen werden solle, pacta de contrahendo, woraus denn ein Anspruch auf das Interesse wegen nicht erfolgender Abschließung des verabredeten Vertrags hervorgehen kann [c]. Eine vorläufige schriftliche Aufzeichnung der beiderseitig angenommenen wesentlichen Punkte eines Vertrags, welcher aber noch erst in einer besondern Form zum Abschluß

[a] L. 1. §. 1...3. D. de pact. 2. 14. cf. L. 9. D. de contrah. emt. 18. 1. [b] arg. L. 2. §. 6. L. 10. D. de donat. 39. 5. cf. L. 4. pr. D. de manum. vind. 40. 2. [c] cf. L. 68. D. de V. O. 45. 1.

kommen soll (sog. Punctation), kann bald schon einen vollkommenen Vertrag in sich schließen, bald die Bedeutung eines pactum de contrahendo, bald den Charakter bloßer Tractate haben: dies hängt theils von der Absicht der Contrahenten, theils von der Natur und Bedeutung der noch fehlenden Form ab (§. 232.).

Anm. [1] Die Erklärung der Annahme eines Versprechens kann diesem vorausgehen, in Form eines Gesuches oder einer Frage, wie bei der römischen Stipulation. Vgl. Seuffert's Arch. IV. 33.

[2] Zwischen den beiderseitigen Willenserklärungen kann eine Zwischenzeit verlaufen. Es kommt auf die Umstände an, wie lange man eine Proposition noch als fortdauernd ansehen könne; die voraus erklärte Annahme eines zu gebenden (einseitigen) Versprechens wird in der Regel länger wirksam bleiben, als das Anerbieten zur Eingehung einer (einseitigen oder gegenseitigen) Verpflichtung. L. 1. §. 1. D. de V. O. 45. 1. (cf. L. 12. pr. D. de duob. reis. 45. 2.) bezieht sich nur auf den formellen Act der Stipulation.

[3] Ein Vertrag kann auch unter Abwesenden geschlossen werden, indem sie einander ihren Willen durch Mittelspersonen (Boten) oder durch Briefe kund geben. L. 2. pr. D. de pact. 2. 14. L. 1. pr... §. 2. D. mand. 17. 1. Streitig ist, wann hier der Vertrag geschlossen, Widerruf des dazu gemachten Vorschlags unwirksam sey? ob a) sobald die Annahme des letzten innerhalb angemessener Zeitfrist irgendwie oder wenigstens durch Absendung der Antwort erklärt, wenn gleich dem Proponenten noch nicht kund geworden ist? und zwar vorausgesetzt, daß zu dieser Zeit der Proponent einen Widerruf noch nicht hat abgehen lassen? Puchta §. 251. not. c.; oder nur, daß dem Acceptanten ein solcher zur Zeit noch nicht bekannt war? Wening im civ. Arch. II. 25. Sint. §. 96. not. 14. Holzschuher II. 2. S. 256. fg.; oder ob b) erst dann, wenn auch dem Proponenten die Annahme von der andern Seite kund geworden ist? Hasse im Rhein. Mus. II. S. 371. fg. Mühlenbruch in der doctrina pand. §. 331. (anders in der deutschen Ausgabe §. 331. not. 3. 5.). Die letzte Ansicht ist die consequentere, erleidet jedoch nothwendig eine Modification, insofern ein Vorschlag so auszulegen ist, daß der andere Theil sofort darauf rechnen und dadurch zu entsprechendem Handeln sich bestimmen lassen darf, und der Proponent demgemäß auch seinerseits gebunden seyn soll. arg. L. 1. §. 2. D. L. 15. 26. §. 1. mand. 17. 1. Auch ist wohl bei Absendung eines Boten, der beauftragt ist, die Gegenerklärung zu empfangen, die diesem gegebene Erklärung als dem Absender gegebene zu betrachten. Vgl. noch Seuffert §. 256. not. 2. Seuffert's Arch. I. 194. III. 310. V. 116. VII. 16. Abweichend ist aber wieder Scheurl Beitr. I. S. 301. fg., indem er die Ankunft der Antwort an ihrem Bestimmungsorte, nicht aber die Kenntnißnahme davon als das entscheidende Moment ansieht. — Wünschenswerth sind hierüber besondere gesetzliche Bestimmungen, dergleichen z. B. das preuß. LdRt I. 5. §. 90. 96. fg. enthält. Vgl. Koch II. S. 70. fg.

[4] Eine eigenthümliche Weise der Einleitung zu einem Vertrage ist die Versteigerung, darin bestehend, daß die Eingehung eines Vertrages über eine

bestimmte Leistung einerseits demjenigen proponirt wird, welcher die dem Proponenten vortheilhaftesten Bestimmungen stellen würde, dem Meistbietenden oder dem Wenigstnehmenden; bei Verkäufen Auction oder Subhastation genannt, für manche Fälle gesetzlich vorgeschrieben: a) L. 2. 3. Cod. de execut. rei iud. 7. 53. L. 2. Cod. si in causa iud pign. 8. 53. b) L. 2. Cod. de fide et iure hastae fiscalis. 10. 3. c) Nov. 120. cap. 6. §. 2. d) L. 3. Cod. de locat. praed. civ. 11. 70. Nach Puchta §. 252., vgl. Vorles. II. S. 70. ist dabei, in Ermangelung besonderer Bestimmungen oder Vorbehalte, „das Richtige, jedes Gebot als wirkliche Abschließung des Vertrags zu betrachten, aber mit der zu Gunsten beider Contrahenten beigefügten Bedingung, wenn sich nicht innerhalb der gesetzten (bestimmten oder durch Arbitrium, z. B. des Auctionators zu bestimmenden) Zeit ein vortheilhafterer Contrahent finden werde." Holzschuher II. 2. S. 264. 654. fg. Dagegen behauptet E. A. Seuffert (diss. de auctione, Monachii 1854.) als Regel, daß zwar der Bieter bedingt gebunden sey, dem Versteigerer aber freistehe, in Ermanglung angemessener Steigerung des Preises den Zuschlag zu verweigern und die Sache zurückzuziehen. Ueber abweichende Meinungen Anderer s. Glück XVI. S. 269. fg. Sint. II. S. 250...254. Seuffert l. c.

§. 232.

β) Form der Verträge.

Bei der Eingehung obligatorischer Verträge, wie anderer Rechtsgeschäfte (§. 64.), kann die Beobachtung einer gewissen Form in Betracht kommen, sey es um den Beweis derselben zu ermöglichen oder zu erleichtern, oder um die Klagbarkeit oder Gültigkeit der Verträge zu begründen [1]. Formen, von welchen bloß die Beweisbarkeit des Schuldvertrags abhinge, kennt das gemeine Recht gar nicht [2]; solche, durch welche die Gültigkeit desselben bedingt ist, als gesetzlich vorgeschriebene nur ausnahmweise [a]. Ist aber durch den Willen der Parteien eine besondere Vertragsform festgesetzt, namentlich schriftliche Abfassung, z. B. eines Kaufvertrages, so ist deren Vollendung, wozu bei schriftlicher Abfassung die Unterschrift der betreffenden Urkunde durch beide Theile gehört, im Zweifel als Bedingung der bindenden Kraft des Vertrages anzusehen, so daß bis dahin keine Verbindlichkeit, auch nicht zur Abschließung des Vertrags, entsteht [b]. Auch die Klagbarkeit der Verträge ist nach heutigem gemeinen Rechte nicht von der Beobachtung einer bestimmten Form abhängig, obgleich dieß nach römischem Rechte in großem Umfange der Fall war und dem Vertragssystem desselben sogar die

[a] z. B. L. 34...36. Cod. de donat. 8. 54. (§. 81.). Nov. 120. cap. 6. §. 2. (§. 188. not. c. d.). [b] L. 17. Cod. de fide instrum. 4. 21. (Justinian.). pr. J. de emt. vend. 3. 23. cf. L. 4. D. de fide instrum. 22. 4.

Regel zum Grunde lag [c], daß aus dem einfachen formlosen Vertrage an sich, abgesehen von einer hinzukommenden Leistung des einen Theils, nur wenige aber wichtige Fälle ausgenommen, eine klagbare Forderung nicht hervorgehe [3].

Anm. [1] Zur Vergleichung des R. Rts mit neuern Gesetzgebungen in dieser Beziehung s. Arndts, über schriftliche Abfassung der Verträge in Ulrich's Arch. für preuß. Rt. I. S. 132...173.

[2] Eine processualische Frage ist es, inwiefern eine besondre Art des Verfahrens (Executivproceß) zur Geltendmachung einer Forderung durch besondre Beurkundung derselben bedingt sey. Eine solche Bedeutung hat die Form auch bei Wechselforderungen (daher Wechselproceß), worüber das deutsche Privatrecht zu vergleichen ist.

[3] L. 7. §. 4. D. de pact. Nuda pactio obligationem, non parit sed parit exceptionem. L. 15. D. de praescript. verb. 19. 5. „ex pacto actionem non oriri". Pactum oder Pactio heißt im Allgemeinen die bloße irgendwie erklärte Uebereinkunft. Nur unter bestimmten Voraussetzungen erzeugt diese nach R. R. eine civilrechtlich klagbare Obligatio und wird zum Contractus, nämlich a) Re, d. h. dadurch, daß von einer Seite etwas hingegeben oder sonst etwas geleistet ist, gegen Verpflichtung zur Rückgabe oder zu einer andern Gegenleistung von der andern Seite. Solche Verträge nennt man Realcontracte; darunter vier benannte Realcontracte, die mit einer eigenthümlichen Klage versehen sind, mutuum, commodatum, depositum, pignus; andere dagegen unbenannte Realcontracte, denen eine im Allgemeinen nicht genauer bestimmte Klage, in factum civilis oder praescriptis verbis actio, entspricht, deren Gestattung erst durch die spätere juristische Doctrin entschieden worden ist, während früher hier nur Rückforderung des Geleisteten stattfand. b) Verbis, d. h. durch bestimmte mündliche Frage und entsprechende Antwort, Stipulation, daher Verbalcontract, ein negotium stricti iuris, wodurch eine einseitige klagbare Obligatio jedes überhaupt möglichen Inhalts begründet und worin jede Art von Verpflichtungen, auch gegenseitige, indem man sie formell in mehrere einseitige auflöste, eingekleidet werden konnten. c) Litteris, d. i. durch geschriebene Worte in gewisser Form, daher Litteralcontract, im justinianischen Recht schon nicht mehr practisch. In einigen Fällen aber entstand jene Wirkung: d) Consensu, d. i. nudo oder solo consensu, daher Consensualcontracte: emtio venditio, locatio conductio (auch contractus emphyteuticarius), societas, mandatum. Im Gegensatz gegen die unter eine dieser vier Kategorien fallenden Vertragsverhältnisse (contractus) heißen nun andre Verträge im römischen Sprachgebrauch pacta, auch nuda pacta oder nudae pactiones sive conventiones; sie er-

[c] L. 7. pr. . . §. 2. 4. D. de pactis. 2. 14. L. 13. 28. Cod. de pactis. 2. 3. L. 1. §. 2. D. de permut. 19. 4. L. 3. 4. Cod. de rer. permut. 4. 64. cf. Inst. quibus modis re contrahitur obligatio. 3. 14., de verborum obligatione. 3. 15. et sqq., de litterarum obligatione. 3. 21., de consensu obligationibus. 3. 22. — Dig. de verborum obligationibus. 45. 1. Cod. de contrahenda et committenda stipulatione. 8. 38. — Dig. de praescriptis verbis et in factum actionibus. 19. 5. Cod. de rerum permutatione et praescriptis verbis. 4. 64.

zeugten keine Klage, und es ist sogar noch sehr streitig, ob sie auch nur eine naturalis obligatio zu begründen vermochten (Sav. Obl. I. §. 9. Brinz krit. Bl. Nr. 3. S. 16. fg. Scheurl Heidelb. Ztschr. I. S. 516.). Doch wurden ausnahmweise noch einige Verträge außer jenen Contracten klagbar (sog. pacta vestita), theils durch das prätorische Recht (sog. pacta praetoria), theils durch Constitutionen (sog. pacta legitima). — In das praktische Recht der neuern Zeit ist nun aber der römische Formalcontract, die Stipulation, nicht übergegangen; so ist durch allgemeines Gewohnheitsrecht die Klagbarkeit aller Verträge, sofern sie nur sonst gültig sind, zur Regel, und sind somit eigentlich alle obligatorischen Verträge Consensualcontracte geworden, womit denn zugleich auch die Folgesätze aus der Regel der L. 7. §. 4. cit. weggefallen sind. Nur kann von einer Verbindlichkeit zur Rückgabe natürlich nicht ohne vorhergegangenen Empfang, und kann denn insofern wohl auch noch jetzt von Realcontracten die Rede seyn. Vgl. überhaupt: Roßhirt, von dem Vertragssystem bei den R. u. d. jetzigen gem. Rts., in dessen Ztschr. III. S. 153. fg.; Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschweig 1840.; von der Pfordten, über die Klagbarkeit der Vertr. nach R. u. heut. Rt., in dessen Abh. Nr. 3.; Gneist die formellen Verträge des neuern R. Rts. Berlin 1845. Sav. Obl. II. §. 72...78.

b) Inhalt der Schuldverträge.

§. 233.

Zweck des Schuldvertrags ist die Hervorbringung einer Obligatio. Der Inhalt desselben muß also von solcher Beschaffenheit seyn, daß daraus eine Obligatio hervorgehen kann (§. 202.). Das Versprechen einer Leistung von Seiten eines Dritten oder zu Gunsten eines Dritten erzeugt daher eine Verbindlichkeit oder Forderung des einen oder andern Contrahenten nur insofern, als auch dieser dadurch sich zu etwas anheischig macht [a], oder (beziehungsweise) bei der Erfüllung der Leistung an den Dritten irgend ein Interesse hat [b]; es erzeugt ohnedies gar keine Obligatio, es möchte denn der Vertrag (nach §. 245—248.) für den Dritten eine solche zu bewirken geeignet seyn. Zum Wesen des Schuldvertrags gehört übrigens immer, wie zu jeder absichtlichen Aenderung in Vermögensverhältnissen, ein gewisser rechtlicher Zweck, der den nächsten juristischen Beweggrund enthält, aus welchem die Verpflichtung eingegangen wird (Verpflichtungsgrund, causa), und so denn zugleich den juristischen Charakter des Rechtsgeschäfts näher bestimmt. Dieser Zweck kann bestehen in einer reinen Gunstbezeugung für den

[a] §. 3. 21. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 38. pr. §. 1. 2. L. 81. pr. L. 83. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 5. D. de duob. reis. 45. 2. L. 18. 19. D. rat. rem hab. 46. 8. cf. Nov. 115. cap. 6. [b] §. 4. 19. 20. J. l. c. L. 38. §. 17. 20...23. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 110. pr. eod.

Berechtigten, Schenkung, donandi causa, oder in der Abſicht, einem beſtehenden Rechtsanſpruche zu genügen, solvendi causa, oder für eine Leiſtung von der andern Seite eine Rückleiſtung oder Gegenleiſtung zu gewähren, für eine Verpflichtung des andern Theils eine Gegenverpflichtung zu übernehmen, credendi causa [c], oder ſonſt irgend einen rechtlichen Zweck zu erreichen [1], z. B. conditionis implendae oder dotis constituendae causa [d]. Ohne ſolche Abſicht iſt ein ernſtlicher Wille, ſich zu verpflichten, nicht denkbar, und ſoll ſogar eine Urkunde über ein Verſprechen, die nicht den Verpflichtungsgrund angibt (cautio, quae indiscrete loquitur, ſog. cautio indiscreta [2]), nicht genügen, um das Daſeyn der Schuldverbindlichkeit zu beweiſen [e]. Richtig iſt der Schuldvertrag, wenn er nach der ihm zu Grunde liegenden Abſicht ein juriſtiſch unmögliches Rechtsgeſchäft in ſich ſchließt, z. B. eine ungültige Schenkung [f]. Außerdem aber iſt oder wird die eingegangene Verpflichtung unwirkſam durch Einrede, inſofern wegen Mangels oder Wegfalls ihrer Cauſa die Forderung und deren Erfüllung als grundloſe Bereicherung des Andern angefochten werden kann [g].

Anm. [1] Ueber die causa obligandi vgl. überhaupt Meyerfeldt, die L. v. d. Schenkungen. §. 3. 12. Liebe, über das Weſen und die Eintheilung der materiellen Contracte, in Linde's Ztſchr. XV. 3. 10. Gneiſt, die formellen Verträge S. 113. fg. Windſcheid, die Lehre des R. Rechts von der Vorausſetzung, Düſſeldorf 1850., Seite 89. fg. Erxleben, die Condictiones sine causa, I. S. 33 fg. vgl. §. 81. Anm. 2. §. 145. not l. — Code nap. art. 1131. L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet. art 1132. La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.

[2] Unter die ſog. cautio indiscreta vergl. Gneiſt a. a. O. §. 7. 8. mit Puchta §. 237., welche den Grund der beſonderen Beſtimmung über dieſelbe darin finden, daß die causa als zur substantia stipulationis gehörig, einen Theil des vom Kläger zu beweiſenden Klagfundaments bilde. Dagegen Windſcheid a. a. O. S. 198. fg. Sav. Obl. II. §. 78.

§. 234.

Jenachdem einem Vertrage die Abſicht einer Vergeltung für Gewährung eines Vortheils von der andern Seite zum Grunde

[c] L. 2. §. 3. D. de donat. 39. 5. L. 3. §. 10. D. de don. int. v. et u. 24. 1. L. 2. 31. D. de novat. 46. 2. L. 1. Cod. de reb. cred. 12. 1. L. 1. §. 1. D. de cond. sine causa. 12. 3. §. 2. J. de except. 4. 13. (§. 80. Anm. 2. §. 115. not. l.) [d] Cod. de dotis promiss. 5. 11. [e] L. 25. §. 4. D. de probat. 22. 3. cf. L. 13. Cod. de non num pec. 4. 30. [f] L. 3. §. 10. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. 5. §. 3...5. eod. [g] L. 2. §. 3. D. de doli exc. 44. 4. L. 15. D. de fidejuss. 46. 1. L. 1. 3. D. de cond. sine causa. 12. 7. L. 5. §. 1. D. de act. emti. 19. 1.

liegt, oder nur die Absicht, einen Vortheil ohne Vergeltung zu gewähren, theilt man die Verträge ein in entgeltliche oder lästige (onerose), und unentgeltliche oder wohlthätige (lucrative) Verträge. Auch ein einseitiger Vertrag, der nur auf einer Seite eine Verpflichtung erzeugt, kann ein oneroser seyn, wie das verzinsliche Darlehn, und ein lucrativer kann dieses vom entgegengesetzten Standpunkte seyn, als von welchem er als einseitiger erscheint, z. B. das unverzinsliche Darlehn, oder das Commodatum. Zweiseitige (oder gegenseitige) Verträge sind zugleich wesentlich lästige Verträge. Sie sind ihrem Wesen nach darauf gerichtet, zugleich für beide Theile eine Forderung und eine Verbindlichkeit zu begründen. Die beiderseitige Verbindlichkeit wird an sich durch den gegenseitigen Vertrag selbst begründet. Aber wer Erfüllung desselben von der andern Seite fordert, muß auch seinerseits erfüllt haben oder zur Erfüllung bereit seyn [a]; widrigenfalls steht ihm die Einrede unbilligen Begehrens, doli exceptio [b], entgegen, die sog. exceptio non adimpleti contractus oder non rite adimpleti contractus, es möchte denn durch ausdrückliche Bestimmung oder durch den besondern Inhalt des Vertrags für den einen eine spätere Erfüllungszeit als für den andern gegeben seyn [c]; wobei den Beweis der geschehenen Erfüllung (nach §. 114.) der Kläger zu führen hat, sofern die Entstehung seiner Verbindlichkeit aus demselben Vertrage, auf den sich die Klage gründet, unstreitig ist [1]. Uebrigens kann ein gegenseitiger Vertrag zunächst für einen Theil wegen dessen mangelnder Fähigkeit, sich zu verpflichten, oder auch aus objectiven Gründen unverbindlich, gleichwohl aber für den andern bindend seyn [d] (sog. negotium claudicans [2]). Aber auch alsdann kann jener sein Recht aus dem Vertrag nicht geltend machen, ohne auch seinerseits die entsprechende Verbindlichkeit anzuerkennen, und hängt somit die Wirksamkeit des ganzen Vertrags schließlich von der Entscheidung des nicht gebundenen Contrahenten ab [3].

Anm. [1] Ueber diese Frage gibt es eine umfangreiche, wenig fruchtbare Literatur. Vgl. Glück XVII. S. 229. civ. Arch. II. 18. XIV. 9. XVII. 4. 9. XVIII. 15. XX. 15. XXII. 11. Linde's Ztschr. XVI. 7. XVII. 5. Holzschuher II. 2. S. 299...303. „Hätte man sich, statt an den selbsterfundenen Namen

[a] L. 13. §. 8. D. de act. emti. 19. 1. [b] L. 25. D. l. c. L. 5. §. 4. D. de doli exc. 44. 4. cf. L. 5. Cod. de evict. 8. 45. [c] L. 24. §. 2. D. locati. 19. 2. [d] pr J. de auct. tut. 1. 21. L. 5. §. 1. D. de auct. tut. 26. 8. L. 13. §. 29. D. de act. emti. 19. 1. L. 7. §. 1. D. de rescind. vend. 18. 5. cf. L. 34. §. 3. D. de contrah. emt. 18. 1.

(exc. non impleti und non rite impleti contractus), an die Sache gehalten, ſo wäre unſere Literatur mit einer ziemlichen Anzahl unnützer Schriften verſchont geblieben." Puchta Vorleſ. §. 232.

[2] L. 13. §. 29. D. 19. 1. Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam qui emit, obligatus est pupillo, sibi pupillum non obligat. pr. J. 1. 21. Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuae nascuntur, ... si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

[3] L. 34. §. 3. D. 18. 1. Si emtor solus scit (rem furtivam esse), non obligabitur venditor, nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet. L. 7. §. 1. D. 18. 5. „... an perinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant." Vgl. Brandis in Linde's Ztſchr. VII. S. 154. Vang. I. §. 279. Dernburg Compenſation S. 70. fg. Nicht richtig die erſte Ausgabe mit Sav. III. S. 40. und Puchta §. 67. not. d. §. 232. not. a. Gegen den nichtgebundenen Contrahenten gibt das R. R. keinenfalls die Contractsklage.

§. 235.

Es gibt eine Reihe von obligatoriſchen Verträgen, deren Weſen und Inhalt im Allgemeinen durch einen beſtimmten juriſtiſchen Begriff, dem auch ein beſtimmter Name entſpricht, gegeben, und deren Wirkung auch durch allgemeine Rechtsvorſchriften geregelt und durch beſonders benannte Klage geltend zu machen iſt, wenn gleich Abweichungen von der Regel beliebt werden können (§. 65.). Es ſind aber außerdem Verträge von unbegränzter Manchfaltigkeit des Inhalts denkbar, die unter beſtimmte Begriffe zu ſtellen unmöglich iſt. Man kann dieſe noch jetzt unbenannte Contracte und die daraus entſtehende Klage praescriptis verbis actio nennen. Aber keineswegs iſt dafür die eigenthümliche Theorie des römiſchen Rechts über contractus innominati jetzt noch maßgebend. Vielmehr erzeugen nun alle dieſe Verträge, gleich den römiſchen Conſenſualcontracten, ſofort durch die beiderſeitige Einwilligung gegenſeitige klagbare Verbindlichkeiten zur Erfüllung der verabredeten Leiſtungen, mit Ausſchließung willkürlichen Aenderns oder Abgehens vom Vertrage, ſoweit nicht deſſen beſonderer Inhalt in dieſer Beziehung beſondere Rechte begründet.

Anm. Betreffend den Inhalt dieſer unbenannten Contracte im heutigen Sinn, aber auch ebenſo aller läſtigen Verträge, kann man noch jetzt unterſcheiden nach L. 5. pr. D. de praescript. verb. 19. 5.: Aut do tibi ut des, aut

do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias. Allein nach R. R. entsteht immer erst durch das dare oder facere einerseits eine klagbare Forderung auf das dare oder facere andererseits (§. 232. not c. und Anm. 3.). Zudem aber hat derjenige, qui dedit aut fecit, wenn der andere Theil seine Gegenleistung nicht erfüllt, auch das Recht, statt auf deren Erfüllung zu klagen, nach seiner Wahl das Geleistete, so weit eine Rückerstattung möglich ist, zurückzufordern, durch condictio ob causam dati causa non secuta, L. 5. §. 1. D. l. c. cf. L. 7. eod., und zwar, wenigstens in gewissen Fällen, nach der bisher herrschenden Ansicht sogar regelmäßig, selbst dann, wenn der andere seine Leistung noch nicht widerrechtlich verzögert hat (vermöge des ius poenitendi): L. 3. §. 2. L. 5. D. causa data. 12. 4. Bang. III. §. 599. Erxleben, die Condictiones sine causa II. S. 11. fg. Dies fällt nun nach heutigem Recht (§. 232.) der Regel nach weg, sobald beide Theile sich zu bestimmten Leistungen bindend verpflichten wollten. Doch haben Viele die Fortdauer dieses Rechts in der ersten Anwendung, Einige selbst in der letzten Anwendung als ius poenitendi behauptet, z. B. Schmitthenner, über Verträge, insbesondere das Reuerecht, Gießen 1831. S. 155. fg. Meyer zu Schweppe's Hdb. III. §. 496. Vgl. dagegen u. a. Bang. §. 599. a. E. Wächter doctrina de condictione causa data causa non secuta in contractibus innominatis. Tübing. 1822. Allerdings aber kann eine Leistung und selbst die Verpflichtung zu einer Leistung noch jetzt den Sinn haben, daß diese nur einer Gegenleistung wegen, zu welcher eine klagbare Verbindlichkeit nicht contrahirt wird, geschehe, als ein datum ob causam futuram, welches causa nun secuta zurückgefordert werden kann. Namentlich wird, wenn die verabredete Gegenleistung von Anfang an ohne Interesse für den einen Contrahenten ist, des letzten Leistung nur als ein solches datum ob causam zu betrachten seyn und ist insofern noch anwendbar die L. 7. D. cit.: Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris: confestim agam praescriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest, aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas. Vgl. auch Windscheid a. a. O. S. 164. Erxleben a. a. O. S. 473 fg. — Der römischen Theorie der unbenannten Contracte, mit Ausschluß des ius poenitendi, aber in Anwendung auf alle gegenseitigen Verträge, schließt sich der allgemeine Grundsatz des Code Nap. art. 1184. an: La condition resolutoire est toujours sousentendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas, ou l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

§. 236.

Der Inhalt eines Schuldvertrages kann so beschaffen seyn, daß es von ungewissen Umständen abhängt, ob er im Erfolg einem Contrahenten Verlust oder Vortheil bringe. Ein solcher Vertrag heißt ein gewagter (aleatorischer) Vertrag, oder Glücksvertrag. Diesen Charakter kann ein Vertrag erhalten 1) durch die Ungewißheit des Gegenstandes, welcher einem Contrahenten als Gegenleistung für eine bestimmte Leistung zugesagt wird, z. B. bei der

emtio spei oder rei speratae[a]; 2) durch die Ungewißheit eines Ereignisses, von welchem die Gegenleistung gegen eine unbedingte Leistung abhängt, z. B. beim sog. Ausspielgeschäfte; 3) durch Verpflichtung zu einer verhältnißmäßig schwerern Leistung, unter zufälliger Bedingung, gegen eine sichere Leistung von geringerer Bedeutung, wohin die Versicherungsverträge gehören; 4) durch beiderseitige Verpflichtung zu Gewährung eines Gewinns unter Bedingungen, von denen ungewiß ist, ob sie zu Gunsten des einen oder andern sich entscheiden werden; dahin gehören Gewinnspiele (ludi aleatorii) und Wetten (sponsiones). Die letzten sind verbindlich, sofern sie nicht Unsittliches enthalten oder ein unerlaubtes Geschäft verdecken[b]. Spielverträge aber erzeugen nach römischem Recht keine Klage; vielmehr kann die gezahlte Spielschuld zurückgefordert werden; ausgenommen solche Spiele, die zur Uebung des Muthes und körperlicher Gewandtheit dienen, mit mäßigen Gewinnsätzen[c].

Anm. [1] Puchta §. 258. erklärt gleich Spielen auch Wetten für unverbindlich, da jene nichts anderes als Complexe zusammenhängender Wetten seyen. Dagegen Bang. III. S. 496. fg. vgl. Wilda in der Ztschr. für deutsches Recht. VIII. 8.

[2] L. 1...3. Cod. 3. 43. sind nicht glossirt; doch werden sie gewöhnlich als noch anwendbar angeführt, da die Unverbindlichkeit der Gewinnspiele auch in den Digesten anerkannt ist. Wenn aber dieses auch auf die besondere Verjährungszeit von 50 Jahren für Rückforderung gezahlter Spielschulden ausgedehnt wird (L. 3. Cod. cit. vgl. §. 108. Anm. 1. a. E.), so läßt sich dafür ein entschiedener Gerichtsgebrauch gewiß nicht nachweisen. Uebrigens sind auch abgesehen davon in Betreff der Frage, in wie weit die Bestimmungen des R. Rts heutzutage noch zur Anwendung kommen können, die Meinungen sehr verschieden. Vgl. Phillips deutsches Privatrecht §. 81. Wilda a. a. O. II. 6. Holzschuher II. 2. S. 845...851.

c) Mängel des Willens bei Verträgen.

§. 237.

Das Daseyn und der Inhalt eines Schuldvertrags wird durch den übereinstimmenden Willen der Vertragschließenden bestimmt. Es ist also vor allem ernstlicher und wirklicher Wille beider Theile

[a] L. 8. pr. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 7. 11. D. de hered. vel. act. vend. 18. 4. L. 11. in f. L. 12. D. de act. emti. 19. 1. [b] L. 17. §. 5. D. de praescript. verb. 19. 5. cf. §. 6. J. de V. O. 3. 15. [c] L. 2. §. 1. .. L. 4. D. de aleatoribus. 11. 5. cf. L. 2. §. 1. D. quar. rer. actio non detur. 44. 5. L. 1...3. Cod. de aleatoribus. 3. 43.

erforderlich [a]. Daher ist ein simulirter Vertrag kein wirklicher [b] oder wenigstens nicht derjenige, der scheinbar abgeschlossen ist [c], obgleich einseitiges Vorgeben nicht erkennbar gemachter Simulation die Wirkung der ernstlich erscheinenden Willenserklärung nicht schmälern kann. Ist der Wille eines Contrahenten durch Zwang bestimmt worden, so besteht zwar ein Vertrag, aber der Gezwungene kann denselben, von wem auch der Zwang herrühre [d], als unwirksam behandeln und das unter Einwirkung gerechter Furcht Geleistete wieder erlangen [e]. Gleicherweise kann den Vertrag als unverbindlich anfechten, wer durch Betrug (dolus) des andern Contrahenten [f] zur Eingehung desselben verleitet worden ist [g]. Doch kann der verletzte Contrahent auch, sowohl in diesem Falle, als wenn der Fehler nur theilweise den Inhalt des Vertrags betrifft, seinen Anspruch auf bloße Entschädigung beschränken, ohne den Vertrag im Ganzen umzustoßen [h]. Die Rechtsmittel, die ihm zu Gebote stehen, sind nach Verschiedenheit der Fälle, die actio oder exceptio quod metus causa, die exceptio doli oder die Klage aus dem Contract. Ein Irrthum in den Beweggründen hat, abgesehen von dem Falle des Betrugs, keinen Einfluß auf die Wirksamkeit des Vertrags [i], sofern er nicht das Daseyn des eigentlichen Verpflichtungsgrundes betrifft (§. 233.). Aber der Irrthum eines oder beider Contrahenten kann von solcher Beschaffenheit seyn, daß er den Vertragswillen des einen oder andern, oder die Uebereinstimmung des Willens beider und daher das Daseyn eines wirklichen Vertrages ausschließt [k].

Anm. Ueber die sonst gangbaren Meinungen bezüglich der vernichtenden Wirkung des dolus oder metus (causam dans) bei den contractus bonae fidei vgl. Sav. §. 114. 115. Puchta §. 56. 57. Vang. §. 605.

[a] L. 5. Cod. plus valere quod ag. 4. 22. [b] L. 3. §. 2. L. 54. D. de O. et A. 44. 7. L. 55. D. de contrah. emt. 18. 1. [c] L. 36. D. l. c. L. 2. 3. Cod. l. c. cf. L. 3. eod. (§ 60.). [d] L. 14. §. 3. D. quod met. 4. 2. L. 4. §. 33. D. de doli m. et met. exc. 44. 4. cf. L. 9. §. 1. in f. D. quod met. 4. 2. [e] L. 3...5. 7. 8. 12. cf. L. 10. Cod. de his quae vi. 2. 20 L. 13. Cod. de transact. 2. 4. L. 1. 8. Cod. de rescind. vend. 4. 44. cf. L. 116. D. de R. J. [f] L. 7. §. 10. L. 8. D. de dolo. 4. 3 [g] L. 11. §. 5. L. 13. §. 27. D. de act. emti 19. 1. L. 23. D. locati. 19. 2. L. 5. 8. 10. Cod. l. c. L. 10. Cod. de distract. pign. 8. 28. L. 19. D. de novat. 46. 2. cf. *α*) L. 7. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 3. §. 3. D. pro socio. 17. 2. *β*) L. 34. §. 3. L. 57. §. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 36. D. de dolo. 4. 3. L. 4. §. 13. D. de doli exc. 44. 4. L. 154. D. de R. J. [h] L. 43. §. 2. L. 68. §. 1. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 4. pr. L. 9. §. 9. L. 13. §. 4. 5. D. de act. emti. 19. 9. L. 9. pr. D. de dolo. 4. 3. (§. 62 not. g.). [i] L. 65. §. 2. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 3. §. 7. D. de cond. causa data. 12. 4. [k] L. 57. D. de O. et A. 44. 7.

§. 238.

Wegen Mangels der Willensübereinſtimmung, der ein Mißverſtändniß unter den Vertragſchließenden vorausſetzt, iſt der Vertrag nichtig: 1) wenn der eine ein Rechtsgeſchäft anderer Art im Sinne hat, als der andere [a]; jedoch kann, wer ſchenken wollte, das in anderer Meinung Angenommene nicht zurückfordern, nachdem es verbraucht iſt [b]; 2) wenn der Wille beider nicht auf denſelben Gegenſtand gerichtet iſt (error in corpore), es ſey nun, daß ſie verſchiedene individuelle Sachen [c] oder verſchiedene Gattungen oder verſchiedene Quantitäten derſelben Gattung [d] im Sinn haben, nicht auch, wenn ſie blos in Betreff des Namens [e] oder in Betreff des Zubehörs derſelben Hauptſache [f] verſchiedener Meinung ſind; bei einem Mißverſtändniß über Summe oder Quantität jedoch iſt, mit Beſchränkung auf den geringeren Betrag, das einſeitige Verſprechen immer gültig [g], der gegenſeitige Vertrag nur dann, wenn derjenige, welcher die Gegenleiſtung verſpricht, den geringern Betrag will [h].

§. 239.

Der Irrthum [1] eines oder beider Contrahenten (einſeitiger oder zweiſeitiger Irrthum) kann als weſentlicher die Wirkung des Vertrages hindern: 1) wenn er die Identität der Perſon des andern Contrahenten betrifft, vorausgeſetzt, daß man nur mit derjenigen Perſon, wofür man jenen hielt, den Vertrag eingehen wollte [a]; 2) wenn der Irrthum in Vorausſetzung einer Eigenſchaft des Vertragsgegenſtandes beſteht, vermöge deren dieſer nach den herrſchenden Begriffen zu einer andern Art von Sachen zu rechnen wäre, als wozu er wirklich gehört [2], wobei es jedoch darauf ankommt, ob jene Vorausſetzung auch für den Irrenden beſtimmend war, den Vertrag ſo einzugehen, wie er vorliegt, z. B. bei einſeitigem Verſprechen, wenn der Verſprechende die Sache für eine minder werthvolle, bei zweiſeitigen Verträgen, wenn entweder der Empfänger dieſelbe für eine werthvollere oder der Geber für eine minder werthvolle

[a] L. 3. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. L. 9. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 18. D. de reb. cred. 12. 1. [b] L. 18. cit. [c] L. 9. pr. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 83. §. 1. L. 137. §. 1. D. de V. O. 45. 1. §. 23. J. de inutil. stip. 3. 19. (§. 145. not. h.) [d] L. 52. D. locati. 19. 2. [e] L. 9. §. 1. cit. L. 32. D. de V. O. [f] L. 34. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. [g] L. 1. §. 4. D. de V. O. [h] L. 52. cit.

[a] L. 32. D. de reb. cred. 12. 1. cf. L. 62. §. 21. L. 66. §. 4. D. de furtis. 47. 2. — L. 25. D. de donat. 39. 5.

gehalten hat [b]; 3) wenn bei gegenseitigem Vertrage die Sache, welche Gegenstand der einen Leistung ist, von beiden Contrahenten für unversehrt gehalten wird, während sie in der That schon zur Zeit dem größern Theil nach zerstört ist; in diesem Fall ist nämlich derjenige, welchem sie zu leisten wäre, an den Vertrag nicht gebunden, der dagegen im Fall völliger beiden Theilen unbekannter Zerstörung wegen mangelnden Gegenstandes von selbst nichtig ist [c]. Außerdem kann wegen Irrthums in Betreff der Eigenschaften oder des Umfangs eines Vertragsgegenstandes oder wegen Unredlichkeit des einen Contrahenten nach Verschiedenheit der Umstände ein Anspruch bald auf verhältnißmäßige Minderung der Gegenleistung, bald auf Auflösung des Vertrags, bald auf Leistung des Interesse begründet seyn [d].

Anm. [1] Ueberhaupt vgl. Richelmann, über den Einfluß des Irrthums auf Verträge. Hannover 1837. und vorzüglich Sav. III. §. 135...139., sodann Bang. III. §. 604. Herrmann in Linde's Ztschr. III. 6. VII. 4. 11. VIII. 5.

[2] Beispiele, die in den Quellen vorkommen: Irrthum über das Geschlecht bei einem Sklaven, Verwechslung von Wein und Essig, von Bronze und Gelb, von Blei oder anderm unedlen Metall und Silber. Vgl. die Stellen in not. b., insbesondere a) L. 9. §. 2. D. 18. 1. (Ulp.) Inde quaeritur, si in ipso corpore non erretur, sed in substantia error sit, utputa, si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emtio et venditio sit? Marcellus scripsit . . . emtionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum; ego in vino quidem consentio, quia eadem prope *ovδία* est, si modo vinum acuit; ceterum si vinum non acuit sed ab initio acetum fuit, ut embamma (Vulg. *cum emebam*), aliud pro alio veniise videtur: in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur. L. 10. eod (Paul.) Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem, quam emtor existimaret; tunc enim emtio valet. L. 14. eod. (Ulp.)... Utputa coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent, eaque inventa esset magna ex parte aenea? Venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit; nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio; si autem aes pro auro veneat, non valet. L. 41. §. 1. eod. (Julian.) Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emtio pecuniaque eo nomine data condicetur. b) L 45. eod. Marcian.). Labeo... scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit.

[b] L. 9. §. 2. L. 10. 11. §. 1. L. 14. 41. §. 1. L. 45. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 58. eod. L. 21. §. 2. D. de act. emti. 19. 1. — L. 22. D. de V. O. 45. 1. L. 1. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. [c] L. 1. §. 9. D. de O. et A. 44. 7. L. 57. 58. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 44. eod. L. 34...36. 38. §. 13. 14. D. de aedil. ed. 21. 1. [d] L. 57. cit. L. 34. §. 2. 3. L. 62. §. 1. D. eod. cf. Dig. de aedil. ed. 21. 1.

Trebatio placebat, ita emtori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit; quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit, quemadmodum si vas (Hal. *quis*) aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet. Sav. S. 295. fg. Bang. a. a. O. c) L. 21. §. 2. D. 19. 1. (Paul.) Quamvis supra diximus, quum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem esse (Hal. Vulg. *non esse*), tamen venditor teneri debet, quanti interest (Hal. *interest emtoris, se*) non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciat, veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt. Sav. S. 187. fg. Bang. a. a. O. d) L. 22. D. 45. 1. (Paul.) Si id, quod aurum putabam, quum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi huius aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus; sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris. Sav. S. 300.

[b] Ueber die Frage, ob es in den Fällen dieſes §. auf die Entſchuldbarkeit des Irrthums ankomme, vgl. Sav. S. 263. 264. „die unabſichtliche Erklärung ohne Willen beruht darauf, daß der Handelnde ein gültiges Rechtsgeſchäft einzugehen glaubt, in der That aber dasjenige, was zu einem ſolchen nöthig wäre, nicht will. . . . Es folgt daraus, daß hier der Irrende frei von jeder Verbindlichkeit bleibt, ohne Unterſchied, ob er dieſen Irrthum leicht vermeiden konnte oder nicht.“ Dagegen Herrmann a. a. O. III. S. 200. fg. VII. S. 254. fg. Vgl. Seuffert's Arch. VII. 19.

§. 240.

d) Beſtärkung der Verträge.

Ein Vertrag kann eine beſondre Beſtärkung erhalten:

1) durch Eid (§. 115.). Nach römiſchem Rechte zwar gibt dieſer dem Vertrage keine größere juriſtiſche Kraft, als er ohnehin ſchon hätte [a]; nur daß der Eid eines Mündigen die Ausſchließung der Reſtitution wegen Minderjährigkeit begründen kann [b]. Aber eine Verordnung von Friedrich I. [c] ſchließt die Anfechtung ſelbſt an ſich nichtiger Veräußerungsgeſchäfte im Fall eidlicher Bekräftigung aus [1], und nach den Grundſätzen des canoniſchen Rechts werden überhaupt Rechtsgeſchäfte, welche, nicht von an ſich verwerflichem oder rechtswidrigem Inhalt [d], nur nach einer poſitiven Rechtsvorſchrift ungültig wären, als wirkſam angeſehen [e], wenn ſie von demjenigen, zu deſſen Vortheil deren Ungültigkeit gereicht, durch gültigen Eid bekräftigt ſind [2].

[a] L. 7. §. 16. D. de pactis. 2. 14. L. 5. §. 1. Cod. de legib. 1. 14. Nov. 51. praef. Nov. 82. cap. 11. cf. *α*) L. 41. Cod. de transact. 2. 4. *β*) L. 7. pr. §. 1. 2. D. de op. lib. 38. 1. L. 36. D. de manumiss. test. 40. 4. [b] L. 1. Cod. si adv. vend. 2. 28. (§. 119. not. i.). [c] Auth. *Sacramenta puberum* ad L. 1. Cod. l. c. [d] cap. 1. 6. 8. 18. 20. 33. X. de iureiur. 2. 24. cap. 58. de reg. iur. in 6to. [e] cap. 8. 9. 15. 28. X. l. c. Cap. 2. de iureiur. in 6to. 2. 11. cap. 2. de pactis in 6to. 1. 8.

2) durch Arrha (Handgeld, Daraufgabe), worunter dasjenige verstanden wird, was als Zeichen eines abgeschlossenen oder abzuschließenden Vertrags gegeben wird. In der Regel hat sie die erste Bedeutung [f], ist eine sog. arrha confirmatoria. Dann ist das Gegebene zurückzugeben, sowohl wenn der Vertrag zur Vollziehung kommt [g], als wenn er wieder rückgängig wird [h], es sey denn ein Anderes, ausdrücklich oder stillschweigend [3], verabredet [i]. Ist sie in Beziehung auf einen erst abzuschließenden Vertrag gegeben (arrha contractu imperfecto data), so verliert sie derjenige, welcher den Vertrag abzuschließen sich weigert; ist dies der Empfänger, so muß er dieselbe in doppeltem Betrage zurückgeben [k].

3) durch einen andern Vertrag; dahin gehört das Versprechen einer Strafe (§. 211.) und das sog. Constitutum [4], woraus die actio de pecunia constituta entsteht [l].

Anm. [1] In L. 1. Cod. 2. 28. rescribirt Alexander Severus: Si minor annis viginti quinque emtori praedii cavisti, nullam de cetero te esse controversiam facturum, idque etiam iureiurando corporaliter praestito servare confirmasti, neque perfidiae neque periurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti. Ein Streit unter den Glossatoren Bulgarus und Martinus, ob dieses Rescript auch auf nichtige Veräußerung von Mündelgütern sine decreto magistratus zu beziehen sey, wie der letzte behauptete, gab Anlaß zu der als Authentica recipirten Entscheidung von Friedrich Barbarossa: Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur. Per vim autem vel per iustum metum extorta etiam a maioribus, maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant, nullius esse momenti iubemus: von welcher freilich Azo unzufrieden sagte: Durabit, quantum Deo placebit. Savigny Gesch. d. R. Rts im MA. IV. S. 162 fg. Haenel, dissensiones dominorum, pag. 52. 58. 583. Ueber deren Auslegung vgl. Sint. §. 99. not. 1.

[2] Betreffend die Ausdehnung und heutige Anwendbarkeit des canonischen Grundsatzes wollen Manche nur bei den ausdrücklich entschiedenen Fällen stehen bleiben, z. B. Puchta §. 253. Sint. a. a. O., vgl. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Pand. Bd. 38 S. 191. fg. Anders die gemeine Meinung: Bang. I. §. 170. Seuffert §. 93.

[3] Bei der lex commissoria wird als stillschweigende Verabredung angenommen, daß der Verkäufer die empfangene Arrha behalten könne, wenn er wegen Zahlungssäumniß des Käufers den Vertrag auflöst. L. 6. pr. D. 18. 3. Manche

[f] pr. J. de emt. vend. 3. 23. L. 35. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. [g] L. 11. §. 6. D. de act. emti. 19. 1. L. 5. §. 15. D. de instit. act. 14. 3. [h] L. 11. §. 6. cit. L. 2. Cod. quando liceat ab emt. recedere. 4. 45. [i] L. 6. pr. L. 8. D. de lege commiss. 18. 3. L. 1. Cod. de pact. int. emt. et vend. 4. 54. [k] pr. J. cit. L. 17. Cod. de fide instrum. 4. 21. L. 3. Cod. de act. emti. 4. 49. [l] Dig. de pecunia constituta. 13. 5. Cod. de constituta pecunia. 4. 18.

nehmen zudem nach not. k. an, daß auch bei den sine scriptis vollſtändig abgeſchloſſenen Verträgen die Arrha die Natur einer Conventionalſtrafe habe. Sav. Obl. II. §. 79. Die Arrha kann aber auch die Bedeutung eines Reugeldes haben, gegen deſſen Verluſt der Geber vom Vertrage zurücktreten dürfe (ſog. arrha poenitentialis).

[4] Conſtitutum iſt überhaupt das Verſprechen der Erfüllung einer beſtehenden Obligatio (civilis oder naturalis), es ſey einer eigenen (ſog. constitutum debiti proprii), oder einer fremden (ſog. constitutum debiti alieni). Darüber das Nähere in der Lehre von der Bürgſchaft (§. 352.).

§. 241.

2) Pollicitatio [a].

Pollicitatio heißt im engern Sinn [1] ein einſeitiges Verſprechen, das auch ohne Annahme von der andern Seite eine Verbindlichkeit bewirkt, eine Verheißung. Dieſe Wirkung aber hat 1) das Verſprechen zu Gunſten einer Stadtgemeinde [b], aus beſonderm Anlaß [c] (ob iustam causam [2]), deſſen Mangel jedoch durch den Beginn der Ausführung deſſen, was nach dem Verſprechen geſchehen ſoll (coeptum opus) erſetzt wird [d]. Iſt das Verſprechen blos in der Abſicht zu ſchenken geſchehen, ſo kann ſich der Pollicitant im Fall der Verarmung mit dem fünften Theil ſeines Vermögens von der Verpflichtung loskaufen; eben ſo ſeine Erben; Kinder als Erben aber ſchon mit dem zehnten Theil des Nachlaſſes [e]. 2) das Verſprechen zum Beſten der Kirche oder überhaupt zu einem frommen Zweck, votum, Gelübde [f]. Sodann rechnet man dahin 3) die ſog. Auslobung [3], d. i. das öffentlich bekannt gegebene Verſprechen an eine unbeſtimmte Perſon für den Fall einer gewiſſen Leiſtung, welches bindend wird, wenn dieſe vor ergangenem Widerruf in entſprechender Weiſe erfolgt, oder wenigſtens zum Zweck derſelben, mit Rückſicht auf das Verſprechen, ſchon etwas geſchehen iſt.

Anm. [1] L. 3. pr. D. h. t. Pactum est duorum consensus atque conventio; pollicitatio vero offerentis solius promissum. cf. L. 19. §. 2. D. de aed. ed. 21. 1. Dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus, quod verbotenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur; promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem et ad sponsum (Hal. *sponsionem*). L. 5. Cod. de contrah. stip. 8. 38. ***Nuda pollicitatione*** . . . ad praestanda ea, quae promiserat, urgeri quemquam

[a] Dig. de pollicitationibus. 50. 12. [b] L. 1. pr. L. 3. §. 1. D. h. t. [c] L. 1. §. 1. L. 4. 6. §. 2. L. 7. L. 11. 12. §. 1. L. 13. pr. eod. [d] L. 1. §. 2...5. L. 3. pr. L. 6. §. 1. eod. [e] L. 6. pr. L. 9. 14. 15. eod. [f] L. 2. D. h. t. cap. 18. X. de censibus. 3. 39.

non semper iura permittunt. Verum quoniam praeterea si contra pactum fecerit, quanti ea res est, dari tibi stipulanti adversarium tuum promisisse proponas ... petitioni locum factum esse convenit. L. 43. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. Quaedam etiam *pollicitationes* venditorem non obligant, ... veluti si quis hominem luminibus effossis emat et de sanitate *stipuletur*.

[3] L. 1. §. 1. h. t. Si quidem ob honorem promiserit decretum sibi vel decernendum, vel ob aliam iustam causam, tenebitur ex pollicitatione. L. 4. eod. Propter incendium vel terrae motum vel aliquam ruinam, quae reipublicae contingit, si quis promiserit, tenetur.

[4] So Puchta §. 259. vgl. Sint. §. 96. not. 58. Abweichende Ansichten über die Natur dieses Geschäfts: Mühlenbruch §. 347. Unterholzner I. S. 53. Bülow Abh. über einz. Materien d. bürg. Rts. I. S. 271. fg. Sav. Obl. II. S. 90. fg., welcher ein Klagrecht in diesen Fällen nach gemeinem Recht nicht als begründet anerkennt. Vgl. oben §. 231. L. 4. §. 4. D. de cond. causa data 12. 4. L. 13. §. 8. 9. D. de furt. 47. 2. L. 15. D. de praescript. verb. 19. 5. (Preuß. Landr. I. 11. §. 988. fg. Entw. e. bürgerl. Gsbch. für Hessen. Abth. IV. Art. 198. fg.)

§. 242.

2) Quasicontracte.

Es gibt Rechtsgeschäfte, die eine Obligatio erzeugen, obgleich die Absicht der Handelnden nicht darauf gerichtet ist, die aber doch eine gewisse Verwandtschaft mit Vertragsverhältnissen haben, und bei welchen daher gesagt wird: quasi ex contractu nasci obligationem [a]. Dahin gehören die Geschäftsführung für Andere ohne Auftrag (negotiorum gestio), vormundschaftliche Verwaltung, und Antretung einer Erbschaft, die letzte in Beziehung auf die Verpflichtung, Vermächtnisse zu zahlen. Das römische Recht zählt dahin auch noch die Zahlung einer Nichtschuld [b], wobei jedoch der Umstand, daß sie dem Empfänger eine grundlose Bereicherung zuwendet, der entscheidende ist, und das Verhältniß unter Miterben und Miteigenthümern [c], welches jedoch schon durch sein Bestehen selbst besondere Verpflichtungen erzeugt.

§. 243.

B. Unerlaubte Handlungen.

Durch Handlungen, die schon an sich, nicht blos in Beziehung auf ein bereits bestehendes Verpflichtungsverhältniß, rechtsverletzend, also unerlaubt sind, d. i. durch Delicte (§. 84.), können eigene

[a] Inst. de obligationibus quasi ex contractu. 3. 27. [b] §. 6. 7. J. l. c. [c] §. 3. J. l. c.

Obligationen entſtehen, bald zu Schadenserſatz (§. 206.), bald zu Strafzahlung (§. 211.), obligationes ex delicto [a]. Es gibt aber einige analoge Fälle, in denen ohne ein wahres Delict oder doch ohne ein Delict des Verpflichteten eine Obligatio entſteht, daher obligatio quasi ex delicto [b]. Schadenserſatz iſt immer ein und daſſelbe juriſtiſche Object; daher kann der Beſchädigte, wenn oder ſo weit er einmal Erſatz des erlittenen Schadens erlangt hat, durch keine der verſchiedenen ihm etwa zuſtehenden Klagen noch weitere Erſatzanſprüche, als ſolche, mehr geltend machen. Dagegen läßt ſich wohl denken, daß eine und dieſelbe Handlung nach verſchiedenen Geſichtspunkten verſchiedene Strafen nach ſich ziehe, die dann alle eingefordert werden könnten. Doch ſcheint das römiſche Recht die Regel anzuerkennen, daß eine und dieſelbe Handlung, die im Ganzen genommen als *ein* Delict ſich darſtellt, nicht von mehrfachen Strafen betroffen werde, daß daher in ſolchem Falle, gleich wie bei Erſatzklagen, wenn einmal die ganze höchſte Strafe gezahlt iſt, dieſelbe Strafe oder eine geringere nicht noch einmal mit einer andern Klage gefordert werden könne (§. 105.). Nach heutigem Rechte ſind indeſſen die Klagen auf Privatſtrafen faſt durchaus außer Gebrauch gekommen, und hat daher dieſe Frage als civilrechtliche ihr praktiſches Intereſſe verloren.

Anm. Vgl. Savigny Obligationenrecht II. §. 82...84.

§. 244.

C. Zuſtände.

Zuſtände, welche eine Verpflichtung erzeugen, ſind z. B. Gemeinſchaft von Eigenthum oder Erbſchaft, grundloſe Bereicherung, Verwandtſchaft u. a. Weil hier nicht eine Handlung Grund, wenn auch Anlaß, der Verpflichtung iſt (ex re venit obligatio), ſo können auch handlungsunfähige Perſonen dadurch unmittelbar und vollkommen verpflichtet werden [a].

D. Stellvertretung bei Entſtehung von Obligationen.

§. 245.

Die Thatſachen, welche überhaupt eine Obligatio zu begründen geeignet ſind, wirken eine Forderung oder Verbindlichkeit der Regel

[a] Inst. de obligationibus ex delicto. 4. 1. cf. 4. 2...4. Dig. de privatis delictis. 47. 1. [b] Inst. de obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur. 4. 5.

[a] L. 46. D. de O. et A. 44. 7. (§. 230. not. c. d.).

nach zunächst nur für diejenigen Personen, in Beziehung auf welche jene eintreten. Dies gilt insbesondere auch von Rechtsgeschäften [a], was jedoch nicht ausschließt, daß durch Mitwirkung einer dritten Person, als Unterhändler (proxeneta) oder als bloßer Träger der Willenserklärungen (nuntius), das Zustandekommen eines obligatorischen Rechtsgeschäfts vermittelt werde [b]. Indessen kann doch vermöge eines Verhältnisses der Stellvertretung (§. 76. 77.) die Wirkung der obligatorischen Thatsache auf Andere als die unmittelbar handelnden Personen sich erstrecken. In dieser Beziehung ist Erwerb von Forderungen und Verpflichtung durch Andere zu unterscheiden.

Anm. Vgl. überhaupt Savigny Syst. III. §. 113. Obligationenrecht II. §. 54 ... 60. mit Buchka v. d. Stellvertretung, Brinz krit. Bl. Nr. 2. Dernburg in d. Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 1 ... 21. 296. fg. Scheurl in d. krit. Ueberschau I. 14. (oben §. 76. Anm. 1. 2.)

§. 246.

1) Erwerb von Forderungen durch Stellvertreter.

Von dem Grundsatz des alten Rechts, wornach die in der väterlichen Gewalt befindlichen Kinder, gleich dem Sklaven, nothwendig dem Vater erwerben (§. 76.), hat sich im neuesten Recht noch dieses erhalten, daß sie auch Forderungen für den Vater nicht nur in gewissen Fällen nothwendig erwerben [a], sondern auch außerdem freiwillig immer erwerben können, indem sie sich geradezu für den Vater versprechen lassen [b]. Dagegen ist in Ansehung freier Stellvertreter noch im Justinianischen Recht [c] als Regel anerkannt, daß sie durch ihre Handlung unmittelbar nur für sich die Forderung erwerben können und daher auch das Rechtsgeschäft zunächst auf sie selbst als die eigentlich handelnden Personen Bezug nehmen müsse [d]. Allein hat Jemand als Bevollmächtigter für einen Andern ein Rechtsgeschäft abgeschlossen, so kann der letzte die Abtretung der daraus entstehenden Forderungsklage verlangen [d] oder durch utilis

[a] L. 73. §. 4. D. de R. J. L. 11. D. de O. et A. 44. 7 [b] L. 15. D. de const. pec. 13. 5. L. 1. §. 11. D. depos. 16. 3. L. 1. §. 1. D. mand. 17. 1. Dig. de proxeneticis. 50. 14.

[a] Inst. per quas personas obligatio nobis acquiritur. 3. 28. cf. de stipulatione servorum. 3. 17. [b] §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 38. §. 17. L. 45. pr. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 40. eod. — L. 12. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 16. §. 3. 4. D. de lib. causa. 40. 12. [c] L. 11. D. cit. (§. 245. not. a.) cf. L. 1. pr. D. quod iussu. 15. 4. L. 5. §. 6. 7. 9. D. de const. pec. 13. 3. [d] L. 8. §. 10. L. 45. pr. in f. D. mand. 17. 1.

actio die Forderung geltend machen [e]. Und wenn das Rechtsgeſchäft unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Vollmachtgeber in deſſen Namen abgeſchloſſen worden, ſo können dann auch ſogleich die Wirkungen eintreten, welche die dem Schuldner kundgemachte Abtretung der Forderung mit ſich bringt (§. 256.), ſo daß namentlich der andere Contrahent die Erfüllung nur dem Vollmachtgeber oder deſſen auch zu deren Annahme bevollmächtigtem Stellvertreter zu leiſten hat [f], und daß auch aus der Perſon des Bevollmächtigten keine Einreden hergenommen werden können, die nicht in dem abgeſchloſſenen Geſchäft ſelbſt ihre Begründung haben [2]. Auf dieſe Weiſe findet alſo im Erfolge dennoch ſchon nach römiſchem Recht ein wahrer Erwerb der Forderung für den Vollmachtgeber ſtatt [3]. Die heutige Rechtsanſicht aber nimmt nicht nur überall keinen Anſtoß daran, daß der Vertrag geradezu auf den Namen des Vollmachtgebers abgeſchloſſen werde, ſondern betrachtet auch den letzten ohneweiters als den eigentlichen Contrahenten, dem unmittelbar und ausſchließlich die Forderung aus dem für ihn abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäfte erworben werde [4]. Daſſelbe gilt, wenn das Rechtsgeſchäft ohne Auftrag für den Andern abgeſchloſſen iſt, dieſer aber nachher es ausdrücklich oder ſtillſchweigend anerkennt. Und ein gleiches Verhältniß findet ferner auch in dem Fall ſtatt, wenn Vorſteher juriſtiſcher Perſonen für dieſe, Vormünder für ihre Mündel Verträge ſchließen [g], obwohl jene freilich, ſo lange ihr Amt dauert, als Stellvertreter der letzten die erworbene Forderung immer auch auszuüben berechtigt bleiben. Die mittels des Mündelvermögens erworbene Forderung wird dem Mündel ſelbſt dann zugeſtanden, wenn der Vormund nicht einmal den Willen gehabt hat, für jenen zu contrahiren [h].

Anm. [1] Savigny behauptet, daß dieſe beſchränkende ältere Rechtsanſicht ſchon im R. R. bezüglich aller naturalen, d. i. nicht formalen obligatoriſchen Rechtsgeſchäfte aufgegeben und daher mit dem Wegfall der Stipulatio im heutigen Recht von ſelbſt ganz verſchwunden ſey: arg. L. 53. D. de acquir. dom. 41. 1. (Modestin. lib. 14. ad Qu. Muc.?) Ea, quae civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti stipulationem (Hal. Vulg. *per stipulationem*); quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per

[e] L. 27. in f. L. 28. D. de procurat. 3. 3. L. 13. §. 25. D. de act. emti. 19. 1. [f] L. 28. D. cit. [g] L. 2. 4 Cod. quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt. 5. 39. L. 6. D. eod. 26. 9. L. 2. pr. D. de adm. tut. 26. 7. L. 3. §. 7. 9. D. de const. pec. 13. 5. [h] L. 2. D. h. t. 26. 9. cf. L. 5. Cod. l. c.

quemlibet volentibus nobis possidere *(volentem nobis possidere?)* acquirimus. Dagegen alle in §. 245. Anm. angeführten Schriftsteller, und noch insbesondere Ruhstrat, über Savigny's Lehre von der Stellvertretung, Oldenburg 1852.

[2] Ueber die Stellung des Stellvertreters zu dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft, insbesondere über den Einfluß der Kenntniß oder Unkenntniß desselben, wo darauf etwas ankommt: vgl. a) L. 12. 13. D. de contrah. emt. 18. 1. In huiusmodi autem quaestionibus personae ementium et vendentium spectari debent, non eorum, quibus acquiritur ex eo contractu actio; nam si servus meus vel filius, qui in mea potestate est, me praesente suo nomine emat, non est quaerendum, quid ego existimem, sed quid ille, qui contrahit. — Sed si servo meo, vel ei, cui mandavero, vendas sciens fugitivum, illo ignorante, me sciente, non teneri te ex emto verum est. b) L. 51. pr. D. de aed. ed. 21. 1. Quum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat et redhibitoria vel ex emto dominus experiatur, omnimodo scientiam servi, non domini, spectandam esse . . . sed si servus mandatu domini hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor. §. 1. Circa procuratoris personam, quum quidem ipse scierit, morbosum vitiosum esse, non dubitandum, quin, quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum sit obstrictus, nihilomagis eo nomine agere possit; at quum ipse ignorans, esse vitiosum, mandatu domini, qui id sciret, emerit et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam. c) L. 16. §. 2. D. de lib. causa. 40. 12. Tunc habet emtor hanc actionem, quum liberum esse nesciret. . . §. 3. Quare si filiusfamilias emit, si quidem ipse scit, pater ignoravit, non acquisiit patri actionem; hoc si peculiari nomine egerit (Vulg. *emerit*); ceterum si patre mandante, hic quaeritur, an filii scientia noceat? Et puto adhuc nocere, quemadmodum procuratoris nocet. §. 4. Plane si filius ignoravit, pater scit, adhuc dico repellendum patrem, etiamsi peculiari nomine filius emit, si modo pater praesens fuit potuitque filium emere prohibere. L. 22. §. 5. eod. Sed si per procuratorem scientem quis emerit, ei nocet, sicuti tutoris quoque scientiam nocere Labeo putat. L. 17. eod. In servo et in eo, qui mandato nostro emit, tale est, ut si certum hominem mandavero emi, sciens liberum esse, licet is, cui mandatum est, ignoret, idem sit; et non competet ei actio; contra autem, si ego ignoravi, procurator scit, non est mihi deneganda. Mühlenbruch von der Cession der Forderungsrechte. §. 13. Puchta §. 275. Vgl. Buchka a. a. O. S. 14. fg. 58. fg. Dernburg a. a. O. S. 18.

[3] In gewissen Fällen gibt schon das R. R., selbst ohne Voraussetzung eines Auftrags, dem Dritten eine Klage aus dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage, namentlich a) der Frau und deren Kindern, welchen der Ascendent als Besteller der Dos deren Rückgabe stipulirt, L. 45. D. sol. matr. 24. 3. L. 7. Cod. de pact. conv. 5. 14. cf. L. 4. Cod. eod. L. 26. Cod. de iure dot. 5. 12. b) dem Eigenthümer, dessen Sache Jemand einem Andern geliehen oder in Verwahrung gegeben hat, mit der Auflage, sie an jenen zurückzugeben, L. 8. Cod. ad exhib. 3. 42.; c) demjenigen, welchem der Schenker die geschenkte

Sache herauszugeben bei der Schenkung dem Schenknehmer auferlegt hat, L. 3. Cod. de donat. sub modo. 8. 55.; d) dem Schuldner, welchem der Pfandgläubiger bei Veräußerung des Pfandes das Recht der Wiedereinlöſung vorbehalten hat, L. 13. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 7. §. 1. D. de distr. pign. 20. 5. Vgl. Puchta §. 276. Vang. III. §. 608.

[a] Ueber die verſchiedenen Meinungen, wie dieſe heutige Rechtsanſicht mit dem R. R. zu verknüpfen ſey, vgl. Scheurl a. a. O.; über die Geſchichte des Dogma vorzüglich Puchta §. 15. fg. Im canoniſchen Rechte tritt die moderne Rechtsanſicht in manchen einzelnen Anwendungen hervor und äußert ſich in den allgemeinen Ausſprüchen: „Potest quis per alium quod potest facere per se ipsum", und „qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum" cap. 68. 92. de reg. iur. in 6to. 5. 12. Puchta §. 17.

2) Verpflichtung durch Stellvertreter.

§. 247.

a) Durch abhängige Perſonen.

Handlungen der in der Gewalt eines Andern befindlichen Perſonen ſind an ſich für jenen nicht verpflichtend [a]. Vermöge beſonderer Gründe aber kann aus Rechtsgeſchäften derſelben auch derjenige, in deſſen Gewalt ſie ſich befinden, in Anſpruch genommen werden; ſo der Vater aus Geſchäften des Sohnes, wie nach römiſchem Recht der Herr aus Geſchäften des Sklaven; und zwar bald auf den ganzen Betrag der eingegangenen Verbindlichkeit (in solidum), bald nur mit gewiſſer Beſchränkung [b]. Ein ſolcher Grund iſt:

1) ein Befehl oder Auftrag des Vaters zur Vornahme des Rechtsgeſchäfts [c], womit auch hier die nachfolgende Genehmigung gleiche Wirkung hat [d]; der Vater haftet hier für das Ganze, mit der actio quod iussu.

2) die Anſtellung des Sohnes zur Führung eines Gewerbes, als Gewerbführer (institor, Factor, bei der Schifffahrt insbeſondere magister navis). Es liegt darin eine Ermächtigung zur Eingehung ſolcher Rechtsgeſchäfte, die zum Betrieb jenes Gewerbes gehören [e]. Der Vater als Gewerbherr (bei der Schifffahrt exercitor navis, Schiffsrheder) haftet daher auch hier fürs Ganze,

[a] L. 1. Cod. ne filius pro patre. 4. 13. L. 5. 6. 12. Cod. quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur. 4. 26. [b] Inst. quod cum eo, qui in aliena potestate negotium gestum esse dicatur. 4. 7. Dig. 14. 5. Cod. 4. 26. [c] §. 1. J. h. t. Dig. quod iussu 15. 4. cf. L. 13. Cod. l. c. L. 7. D. de tut. 26. 1. L. 21. D. de adm. 26. 7. [d] L. 1. §. 6. D. l. c. [e] §. 8. in f. J. l. c. L. 29. D. de reb. cred. 12. 1.

mit der actio institoria [f], beziehungsweise mit der actio exercitoria [g].

3) die Einräumung eines Peculium an den Sohn, welches diesem, gleichsam wie ein Sondervermögen desselben, obwohl rechtlich dem Vater gehörend, Andern gegenüber Credit gibt, um sich mit ihm in Rechtsgeschäfte einzulassen. Der Vater haftet daher, mittels der actio de peculio [h], wegen der vom Sohne, nicht durch Delicte [i], nicht durch bloße Schenkung [k], und nicht als Paterfamilias in Beziehung auf sein peculium castrense oder quasi castrense [l], contrahirten Verbindlichkeiten [m], soweit der Bestand jenes Peculium reicht [n], nach Abzug dessen, was der Vater daran zu fordern hat [o], dagegen mit Einrechnung dessen, was durch seinen Dolus daran fehlt [p]; in letzter Beziehung jedoch, so wie nach Aufhebung der Gewalt, nur noch innerhalb eines Jahres, und zwar eines utilis annus [q]. Ist das Peculium mit Wissen des Vaters ganz oder zum Theil zu einem Handelsgeschäft bestimmt worden, so haben diejenigen, welche in Beziehung auf dieses Geschäft Gläubiger des Sohnes geworden, Anspruch auf Befriedigung aus dem Handelsvermögen, ohne daß dem Vater wegen seiner Forderungen ein Vorzugsrecht zusteht, und dient ihnen zur Erhaltung dieses Anspruchs gegen den Vater eine eigene tributoria actio [r].

4) der Umstand, daß das Rechtsgeschäft vom Sohne zum Vortheil des Vaters abgeschlossen und diesem dadurch ein Vermögensvortheil zugegangen ist, dieser bestehe in unmittelbarem Gewinn oder in Bestreitung von Ausgaben, welche dem Vater obgelegen hätten. Hier haftet der Vater, mittels der actio de in rem verso [s], soweit der ihm zugegangene Vortheil reicht (quantum in rem patris versum est).

Alle diese Klagen gründen sich auf die Obligatio des Sohnes, modificiren sich aber in ihrer Richtung gegen den Vater, als

[f] Dig. de institoria actione. 14. 3. [g] Dig. de exercitoria actione. 14. 1. Cod. de exercitoria et institoria actione. 4. 25. cf. §. 2. J. l. c. [h] Dig. de peculio. 15. 1. §. 4. J. l. c. [i] L. 3. §. 11. 12. D. l. c. cf. L. 1. §. 7. D. de his qui effud. 9. 3. L. 58. D. de R. J. [k] L. 7. D. de donat. 39. 5. cf. L. 28. §. 2. D. de pact. 2. 14. [l] L. 18. §. 5. D. de castr. pec. 49. 17. cf. L. 47. §. 1. D. h. t. 15. 1. [m] L. 3. §. 5. sqq. D. h. t. 15. 1. L. 49. D. de O. et A. 44. 7. L. 14. D. de neg. gest. 3. 5. L. 7. D. de tut. 26. 1. [n] L. 4. pr. §. 1. 2. L. 30. pr. §. 4. L. 47. §. 2. D. h. t. 15. 1. cf. L. 11. D. de cond. indeb. 12. 6. [o] L. 9. 11. pr. . . §. 6. L. 52. pr. eod. cf. L. 41. eod. [p] L. 21. eod. [q] Dig. quando de peculio actio annalis sit. 15. 2. [r] Dig. de tributoria actione. 14. 4. §. 3. J. l. c. [s] Dig. de in rem verso. 15. 3. §. 1. J. l. c.

actiones adiectitiae qualitatis, je nach Verſchiedenheit des Grundes, aus welchem ſie gegen dieſen ſtattfinden. Sie concurriren ſowohl mit einander als mit der Klage gegen den Sohn ſelbſt [t], welcher jedoch, wenn er ausgeſprochener Maßen nur als Bevollmächtigter des Vaters gehandelt hat, den Anſprüchen des Gläubigers ſich entziehen kann [u]. Auch können mehrere dieſer Klagen mit einander verbunden werden [v]. So weit aber ein Gläubiger durch eine derſelben gegen den Sohn oder Vater Befriedigung erhalten hat, fallen die übrigen, als auf denſelben Gegenſtand gerichtet, hinweg [w]. Die actio de peculio und die actio tributoria ſtehen in dem Verhältniß zu einander, daß die Wahl der einen die andere ausſchließt [x].

Anm. [1] Ueber die ſog. actiones adiectitiae qualitatis überhaupt vgl. Buchka a. a. O. §. 3 ... 5. Savigny Obl. II. §. 54., über die actio quod iussu insbeſondere Chambon Beitr. z. Obligationenrecht Bd. 1. Jena 1851. S. 175 ... 268.

[2] Ueber das Verhältniß der verſchiedenen actiones adiectitiae qualitatis zu einander vgl. vorzüglich §. 5. J. h. t. 4. 7. Ceterum dubium non est, quin is quoque, qui iussu domini (*vel patris*) contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium et tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. Is quoque, cui tributoria actio competit, aeque de peculio et in rem verso agere potest; sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio et in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio praecipua non est, id est, quod domino debetur, non deducitur, sed eiusdem iuris est dominus, cuius et ceteri creditores; at in actione de peculio ante deducitur, quod domino debetur, et in id, quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur, at in tributoria eius tantum, quo negotiatur . . . Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem vel illam eligere debet; certe qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet. cf. Gai IV. §. 74. in f.: „si potest adprobari, id quod debeatur totum in rem patris dominive versum esse, ad hanc actionem transire debet; nam, ut supra diximus, eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur.“ L. 16. 17. §. 1. L. 19. D. de in rem verso. 15. 3. — Nach älterem Recht bewirkte wegen der materiellen

[t] §. 5. J. l. c. L. 1. §. 17. L. 5. §. 1. D. de exercit. act. 14. 1. L. 3. §. 4. D. de minor. 4. 4. [u] L. 4. Cod. h. t. 4. 26. [v] §. 4. J. l. c. [w] cf. L. 1. §. 24. D. de exercit. act. 14. 1. L. 13. pr. D. de instit. act. 14. 3. L. 4. §. 5. D. quod cum eo. 14. 5. L. 30. §. 4. L. 32. D. de pecul. 15. 1. (§. 105.) [x] L. 9. §. 1. D. de tribut. act. 14. 4.

Identität der Obligatio, die dieſen Klagen zum Grunde lag, ſchon die Litisconteſtatio in Folge der einen zugleich die Conſumtion der andern (§. 113.), ſo wie die Litisconteſtatio gegen den Hausſohn die Conſumtion der Klagen gegen den Vater und umgekehrt, wogegen jedoch unter Umſtänden Abhülfe gewährt wurde (not. v.); vgl. Keller's Litisconteſtation S. 419. fg. 544. fg. Bekker proc. Conſumtion S. 173. fg. Ueber das neuere Recht: Francke im civ. Arch. XXIII. S. 18. fg. Wächter Erörter. III. S. 20. fg. S. 60., und über die Verwandtſchaft dieſes Verhältniſſes mit Correalobligationen: Sav. Obl. I. §. 21.

[8] Als concurrirend mit den actiones adiectitiae qualitatis wird auch eine Civilklage (condictio) für zuläſſig erklärt in §. 8. J. h. t. Illud in summa admonendi sumus, id quod iussu patris dominive contractum fuerit quodque in rem eius versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tanquam (si) principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur directo posse condici placet, quia huius quoque iussu contractum intelligitur. Vgl. L. 29. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. §. 4. D. de instit. act. 15. 3. L. 5. pr. D. quod iussu. 15. 4. Nicht ſo bei der actio de peculio: §. 10. J. de act. 4. 6. Ueber die Erklärung jener Civilklage ſ. Schrader ad §. 8. J. cit., der ſie im weiteſten Umfang annimmt, und Savigny Obl. II. S. 34., der ſie nur auf den Fall des Darlehens bezieht.

§. 248.

b) Durch freie Stellvertreter.

Die actio exercitoria und institoria (§. 247. 2.) wurden ſchon nach dem prätoriſchen Edict auch gegen denjenigen gegeben, welcher eine nicht in ſeiner Gewalt befindliche Perſon als magister navis oder institor [1] angeſtellt hatte [a]. Nach gleichem Geſichtspunkt iſt dann aber überhaupt, wenn Jemand vermöge allgemeinen oder beſondern Auftrags eines Andern ein Rechtsgeſchäft vorgenommen hat, daraus auch gegen dieſen eine Klage gegeben, quasi institoria actio oder utilis actio ad exemplum institoriae [b]. So wird alſo durch das Rechtsgeſchäft des Bevollmächtigten, ſofern es dem Auftrag gemäß iſt [c], auch der Vollmachtgeber verpflichtet; der erſte aber, wenn er ausdrücklich als Stellvertreter des letzten contrahirte, kann ſich gegen die Forderung des andern Contrahenten durch Einrede ſchützen [d], ſofern nicht gleichwohl auch er

[a] §. 2. J. l. c. 4. 7. Gai. IV. 71. cf. L. 1. D. de exercit. act. 14. 1. L. 1. sqq. D. de instit. act. 14. 3. [b] L. 16. 19. pr. D. de instit. 14. 3. L. 5. 6. Cod. eod. 4. 25. L. 10. §. 5. D. mand. 17. 1. L. 13. §. 25. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 31. pr. D. de neg. gest. 3. 5. [c] L. 5. §. 11. 12. D. de instit. 14. 3. [d] L. 20. D. l. c. L. 6 §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. cf. L. 4. Cod. quod cum co. 4. 26.

persönlich haften sollte [e], oder noch jetzt er des Vollmachtgebers Geschäfte führt [f]. Nach heutigem Recht macht sich auch hier die Ansicht geltend, daß, wenn das Rechtsgeschäft im Namen des Vollmachtgebers abgeschlossen worden, dieser als der eigentliche Contrahent und somit als der unmittelbar und allein verpflichtete zu betrachten sey [2]. Gleiches gilt von rechtmäßigen Rechtsgeschäften der Vormünder für ihre Mündel [g], der Geschäftsführer juristischer Personen für diese [h]. Auch wirkt die nachfolgende Genehmigung gleich dem vorhergehenden Auftrage [i]. Aber auch der bloße Gewinn aus einem Rechtsgeschäft, soweit er reicht, kann für den Gewinnenden eine Verpflichtung begründen, nicht nur wenn ein bevollmächtigter Stellvertreter wider seine Befugniß gehandelt oder deren Gränzen überschritten hat [k], sondern auch [l], wenn ein nicht Bevollmächtigter für jenen zum Vortheil desselben das Rechtsgeschäft eingegangen ist [3]; obgleich keineswegs gegen jeden, dem mittelbar etwas durch das Rechtsgeschäft eines Andern zugekommen ist, deshalb eine Klage stattfindet [m].

Anm. [1] Ueber die Lehre vom Institor vgl. vorzüglich Thöl, das Handelsrecht, Göttingen 1841. I. S. 49 ... 106.

[2] Vgl. §. 246. Anm. 1. 4. Demnach bedarf es nun der Aushülfe durch die actio quod iussu, exercitoria und institoria eigentlich nicht mehr, da sich alle diese Klagen auf einen speciellen oder umfassenderen Auftrag gründen; doch kann die römische Theorie dieser Klagen auch für das praktische Recht noch benutzt werden, in so fern es sich um nähere materielle Bestimmung der fraglichen Rechtsverhältnisse, nicht um bloße Consequenzen der beschränkten Grundsätze über Stellvertretung handelt. Sav. a. a. O. S. 51. fg. Thöl a. a. O. Bluntschli deutsches Privatr. §. 136. Ob die actio de peculio und tributoria noch praktisch seyen, hängt davon ab, ob ein Peculium im römischen Sinne heutzutage überhaupt noch vorkommt (§. 436.)

[3] L. 7. §. 1. Cod. 4. 26. Alioquin si cum libero res eius agente, cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides, contra dominum nullam te habuisse actionem: *nisi vel in rem*

[e] L. 67. D. de procurat. 3. 3. L. 45. §. 2. D. mand. 17. 1. cf. L. 13. Cod. si cert. pet. 4. 2. L. 4. pr. D. de re iud. 42. 1. [f] arg. L. 67. D. cit. [g] L. 5. 7. 8. cf. L. 4. Cod. si tut. 2. 25. L. 3. D. quando ex facto tut. 26. 9. L. 1. Cod. eod. 5. 39. L. 2. pr. D. de adm. tut. 26. 7. L. 4. §. 1. D. de re iud. 42. 1. [h] L. 4. §. 2. D. l. c. cf. L. 27. D. de reb. cred. 12. 1. nov. 120. cap. 6. §. 3. [i] L. 7. §. 1. in f. Cod. quod cum eo. 4. 26. [k] L. 3. D. quando ex facto tut. 26. 9. L. 15. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 13. §. 7. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 9. 10. D. de instit. act. 14. 3. L. 82. D. pro socio. 17. 2. [l] L. 7. §. 1. Cod. quod cum eo. 4. 26. cf. L. 3. §. 2...10. D. de in rem verso. 15. 3. L. 10. D. de neg. gest. 3. 5. — L. 38. D. de evict. 21. 2. [m] L. 15. Cod. si cert. pet. 4. 2. L. 13. Cod. de O. et A. 4. 10. L. 8. Cod. depos. 4. 34. cf. L. 41. D. de cond. indeb. 12. 6.

eius pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit. Aus dieſer Stelle leitet man eine ſog. utilis de in rem verso actio ab, analog der quasi institoria actio. So neuerdings (1848) Chambon, die Negotiorum Geſtio, S. 193. fg. Richtiger aber möchte es ſeyn, die darin (per argumentum a contrario) anerkannte Klage als eine utilis (*sc. tanquam cessa*) negotiorum gestorum contraria actio aufzufaſſen, arg. L. 38. D. 21. 2.; die eigentliche de in rem verso actio kann umgekehrt als ein Surrogat für dieſe angeſehen werden, wo der Geſchäftsführer eine abhängige Perſon iſt (§. 247. 4.), arg. L. 3. §. 2. D. 15. 3. Et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel, qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem (*sc. contrariam*). Sav. a. a. O. S. 31. fg. Einen andern Fall betrifft L. 6. §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habebo actionem (ebenfalls *contrariam*, aber nicht *utilem*), adversus eum, cum quo contraxi, nullam. Vgl. L. 31. pr. D. de neg. gest. L. 13. Cod. si cert. pet. Eum, qui mutuam sumsit pecuniam, licet in res alienas, *creditore non contemplatione domini rerum eam foenori dante*, principaliter obligatum obnoxium remanere oportet. Ueber die verſchiedenen Meinungen vgl. Kämmerer in Linde's Ztſchr. VIII. 3. 4. 8.

IV. Aenderung beſtehender Obligationen.

§. 249.

1) Durch Verabredung.

Ein Schuldverhältniß kann im Verlauf der Zeit eine Aenderung ſeines Inhalts erleiden. Dieß kann vor Allem der Fall ſeyn vermöge einer Verabredung, welche dem Hauptinhalt einer Obligatio hinzugefügt wird (pactum adiectum). Hervorzuheben ſind insbeſondere gewiſſe Nebenverträge, welche ein Recht auf Wiederaufhebung eines Hauptvertrages und ſeiner Wirkungen begründen können, namentlich:

1) die Verabredung, wodurch einem Contrahenten die willkürliche Aufhebung eines Rechtsgeſchäfts geſtattet wird [a], ſog. pactum displicentiae, wovon aber derſelbe, wenn nicht anderes feſtgeſetzt iſt, nur innerhalb 60 Tagen (dies utiles) Gebrauch machen kann [b].

2) die Verabredung, wodurch einem Contrahenten, oder auch beiden, geſtattet wird, den Vertrag aufzuheben, falls ſich innerhalb

[a] L. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 6. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 2. §. 5. D pro emt. 41. 4. L. 11. §. 13. D. quod vi aut clam. 43. 24. [b] L. 31. §. 22. D. de aed. ed. 21. 1.

einer gewiſſen Zeit ein anderer Contrahent finde, der das gleiche Geſchäft unter vortheilhafteren Bedingungen einzugehen bereit iſt, d. i. in diem addictio [c]. Zur Erfüllung dieſer Bedingung iſt erforderlich, daß dem Berechtigten wirklich ein vortheilhafterer Antrag gemacht [d], und von demſelben auch angenommen werde [e]; alsdann aber iſt dem andern Contrahenten in der Regel noch freizuſtellen, unter denſelben Bedingungen das Geſchäft für ſich aufrecht zu halten [f].

3) die Verabredung, wodurch ein Contrahent berechtigt wird, das Geſchäft als nicht geſchloſſen zu behandeln, falls der andere ſeine Verbindlichkeit aus demſelben nicht rechtzeitig erfülle, d. i. die lex commissoria [g]. Tritt dieſer Fall ein, wozu es einer Mahnung nicht bedarf [h], ſo hängt es von dem Berechtigten ab, das Geſchäft aufzuheben [i]; er verzichtet darauf, indem er ſpäter noch Erfüllung ganz oder zum Theil annimmt [k] oder darauf klagt [l].

Dieſe Nebenverabredungen, in den Quellen nur beim Kaufe erwähnt, aber gleicher Weiſe auch bei andern gegenſeitigen Verträgen möglich, wirken, wo ſie zur Anwendung kommen, als auflöſende Bedingungen [m]. Die Contrahenten ſind aber zugleich perſönlich durch das Rechtsgeſchäft verpflichtet, einander zurückzuerſtatten, was ſie vermöge deſſelben erhalten haben, Haupt- und Nebenſachen [n]. In Folge der lex commissoria jedoch erhält der ſäumige Contrahent der Regel nach nicht zurück, was er als Arrha oder als Theil ſeiner Vertragsverbindlichkeit geleiſtet hat [o], kann aber für das letzte die inzwiſchen gezogenen Früchte der zurückzugebenden Sache zurückhalten [p]. Durch beſondere Verabredung kann derſelbe auch für den Schaden haftbar werden, der dem Gegner aus der Auflöſung des Vertrags erwächst [q].

Uebrigens können ähnliche Nebenverabredungen, nur in entgegengeſetzter Richtung, auch als aufſchiebende Bedingungen bei einem Vertrage vorkommen [r].

[c] Dig. de in diem actione. 18. 2. [d] L. 4. §. 5. L. 6. D. l. c. L. 10. 14. pr. §. 5. L. 15. eod. — L. 11. pr. eod. [e] L. 9. 11. §. 1. . . L. 13. 14. §. 2. D. eod. cf. L. 13. §. 1. L. 14. §. 3. L. 18. eod. [f] L. 6. §. 1. L. 7. 8. eod. [g] Dig. de lege commissoria. 18. 3. [h] L. 4. §. 4. D. l. c. cf. L. 8. eod. L. 7. Cod. de pact. int. emt. et vend. 4. 54. [i] L. 2. 3. L. 4. §. 2. eod. [k] L. 6. §. 2. eod. [l] L. 7. eod. L. 4. Cod. l. c. [m] §. 71. Anm. 4 5. [n] L. 4. §. 4. L. 6. pr. L. 16. cf. L. 20. D. de in diem add. L. 4. pr. L. 5. D. de lege commiss. L. 6. D. de rescind. vend. 18. 5. [o] L. 6. pr. D. de lege commiss. cf. L. 8. eod. L. 1. Cod. de pact. int. emt. et vend. 4. 54. [p] L. 4. §. 1. D. l. c. [q] L. 4. §. 3. eod. [r] §. 67. Anm. 2. cf. §. 4. J. de emt. vend. 3. 23.

Anm. Ueber die Regel in not. o. p. ſind die Meinungen verſchieden, weil L. 8. und L. 1. citt. ausdrücklicher Verabredung des Verluſtes der Arrha erwähnen, und L. 4. §. 1. cit. den Verluſt des theilweiſe gezahlten Preiſes nur als möglich (vermöge beſonderer Verabredung) vorausſetze. Vgl. Glück's Comment. XVI. S. 289. fg. Aber dagegen L. 6. pr. cit. De lege commissoria interrogatus ita respondit: si per emtorem factum sit, quominus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore, *et id, quod arrhae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum.* L. 4. §. 1. cit. Sed quod ait Neratius, habet rationem, ut interdum fructus emtor lucretur, quum pretium, quod numeravit, perdidit. *Igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emtor aliquam partem pretii dedit.* Nicht hieher gehört L. 6. Cod. 4. 54. Cum te fundum tuum, certae rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in alium transtulisse commemores, poterit tibi ea res non esse fraudi: quando non impleta promissi fide dominii tui ius in suam causam reverti conveniat. Et ideo aditus competens iudex fundum ... restitui tibi cum fructibus suis ... perficiet: praesertim cum et adversa pars receptis nummis suis nullam passa videri possit iniuriam. Doch ſcheint dieſes Reſcript auch nicht, wie Sint. §. 101. not. 31. annimmt, von der ausbedungenen Rückgängigkeit des Kaufs, ſondern vielmehr von einem ob causam eingegangenen unvortheilhaften Verkaufe zu reden, welcher non impleta promissi fide, alſo causa non secuta, nach allgemeinen Grundſätzen (Dig. 12. 4.) rückgängig gemacht werden kann.

2) Durch Verletzung.

§. 250.

a) Durch Verſchulden des Verpflichteten. Dolus und Culpa.

Wenn ſich der Schuldner durch abſichtlich rechtswidriges Handeln (Dolus) oder durch Mangel der ſeinem Verpflichtungsverhältniß angemeſſenen Achtſamkeit und Sorgfalt (Culpa) die Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit ganz oder zum Theil unmöglich macht (§. 85. 86.), ſo iſt er dafür dem Gläubiger verantwortlich. Dieſer kann von ihm Erſatz des Intereſſe fordern, und zwar mit der Klage aus der Obligatio, die dadurch verletzt worden iſt, deren Inhalt alſo dadurch eine Aenderung erleidet.

Für Dolus iſt der Verpflichtete in allen Fällen verantwortlich; ſelbſt durch beſondere Verabredung kann die Haftung dafür nicht im Voraus ausgeſchloſſen werden [a]. Dem Dolus aber iſt regelmäßig die grobe Fahrläſſigkeit (lata culpa) gleichgeſtellt [b], ſo

[a] L. 23. D. de R. J. L. 27. §. 3. 4. D. de pact. 2. 14. L. 17. pr. D. commod. 13. 6. L. 1. §. 7. D. depos. 16. 3. L. 18. §. 3. D. de donat. 39. 5. [b] L. 1. §. 1. D. si mensor. 11. 6. L. 226. D. de V. S. (§. 86. not. e. f. g. l.).

daß unter Culpa im Gegenſatz von Dolus nur eine gewöhnliche Schuld (levis culpa) zu verſtehen iſt [c]. Für eine Fahrläſſigkeit der letzten Art haftet der Verpflichtete der Regel nach nicht, wenn er von dem Verpflichtungsverhältniß keinen Vortheil hat [1]; außerdem iſt er der Regel nach für jede Fahrläſſigkeit (omnis culpa, alſo auch für levis culpa) verantwortlich [d]. Jedoch tritt, obgleich der Verpflichtete keinen Vortheil hat, dieſe ſtrengere Haftung ein, wenn er ſich für ein Geſchäft aufdringt oder unaufgefordert anbietet [e], und wenn ſeine Verpflichtung auf Führung fremder Angelegenheiten gerichtet iſt, als welche ihrer Natur nach alle Sorgfalt (exactam diligentiam diligentis patrisfamilias) in Anſpruch nimmt [f]. Dagegen beſchränkt ſich in einigen Fällen, obgleich der Verpflichtete Vortheil hat, die Haftung doch nur auf grobes Verſchulden [g]. In gewiſſen Fällen endlich der einen oder andern Art haftet zwar der Verpflichtete auch für geringeres Verſchulden, iſt aber doch für mehr nicht als für Anwendung der ihm in eigenen Angelegenheiten gewöhnlichen Sorgfalt (diligentia quam suis rebus adhibere solet [h]) verantwortlich [2].

Inwiefern die hiernach vom Schuldner zu leiſtende Sorgfalt ſich in beſonderer Richtung, namentlich in Bewahrung einer Sache gegen Entwendung und Beſchädigung (diligentia in custodiendo) zu bethätigen habe, hängt von dem beſondern Inhalt und Gegenſtande des Schuldverhältniſſes ab [i].

Die Beſchränkung der Verantwortlichkeit, die ſich nach obigen Beſtimmungen ergeben kann, ſchützt übrigens den Schuldner nicht gegen die Erſatzverbindlichkeit wegen ſolcher Verſehen in Anſehung des Schuldgegenſtandes, wegen deren er auch abgeſehen von beſonderm Verpflichtungsverhältniſſe verantwortlich ſeyn würde [k] (culpa in faciendo, Aquiliſche Culpa, §. 85.), obgleich allerdings bei der Frage, ob ihm eine Beſchädigung als Verſchulden der Art

[c] §. 86. not. i. [d] L. 108 §. 12. D. de legat. 1. L. 5. §. 2. L. 18. pr. D. commod. 13. 6. cf. L. 23. cit. [e] L. 1. §. 35. D. depos. 16. 3. L. 53. §. 3. D. de furt. 47. 2. [f] L. 11. 13. 21. Cod. mand. 4. 35. L. 11. D. de neg. gest. 3. 5. L. 6. D. de adm. rer. civ. 50. 8. [g] L. 8. §. 3. D. de precario. 43. 26. — L. 1. §. 1. D. si mensor. 11. 6. [h] L. 72. D. pro socio. 17. 2. L. 25. §. 16. D. fam. erc. 10. 2. cf. L. 22. §. 3. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. — L. 17. pr. D. de iure dot. 23. 3. L. 11. Cod. de pact. conv. super dote. 5. 14. — L. 1. pr. D. de tut. act. 27. 3. [i] §. 2. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. L. 10. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 52. §. 3. D. pro soc. 17. 2. L. 12. pr. L. 14. pr. §. 6. D. de furt. 47. 2. cf. §. 3. J. de emt. vend. 3. 23. L. 21. D. de rei vind. 6. 1. [k] L. 18. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 10. pr. D. comm. div. 10. 3. cf. L. 12. §. 6. L. 13. pr. D. de lib. caus. 40. 12.

zuzurechnen ſey [l], das beſondere Verhältniß, in welches er durch das obligatoriſche Verhältniß zu der beſchädigten Sache verſetzt worden iſt, mit in Erwägung kommen kann [s].

Außerdem kann in allen Fällen das regelmäßige Maß der Verantwortlichkeit theils durch beſondere Verabredung [m], theils durch Verzug (§. 251.), bald beſchränkt, bald erweitert, und ſelbſt bis zur Haftung für den bloßen Zufall ausgedehnt werden [n].

Den Beweis [t], daß er in Folge eines Umſtandes, für den er nicht zu haften habe, alſo ohne ſeine Schuld außer Stande ſey, ſeine Verbindlichkeit zu erfüllen, hat der Schuldner zu führen, der auf den Grund einer erwieſener Maßen entſtandenen Obligatio belangt wird [o]; wo aber der Kläger auf ein Verſchulden des Gegners einen neuen nicht an ſich ſchon durch das Schuldverhältniß gegebenen Anſpruch gründet, liegt ihm auch zunächſt ob, jenes als die Vorausſetzung ſeines Anſpruchs zu erweiſen [p].

Anm. [l] Als Regel wird dies, insbeſondere in Beziehung auf bonae fidei obligationes in den in not. d. angeführten Stellen klar ausgeſprochen. a) L. 108. §. 12. cit. Quum quid tibi legatum fideive (Hal. *fideique*) tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit, sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur. b) L. 5. §. 2. cit. Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito; nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus, nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur), aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur; et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis, et culpam praestandam et diligentiam. c) L. 18. pr. cit. In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus

[l] cf. L. 54. §. 2. D. de acquir. dom. 41. 1. [s] L. 23. D. de R. J. L. 1. §. 6. 10. 35. D. depos. 16. 3. cf. L. 72. §. 3. D. de cond. et dem. 35. 1. [m] §. 3. J. de emt. vend. 3. 23. L. 5. §. 2. D. commod. 13. 6. cf. L. 27. §. 29. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [n] L. 9. §. 4. D. locati. 19. 2. L. 5. Cod. de pign. act. 4. 24. — cf. L. 11. D. de probat. 22. 3. (§. 114. not. k. l.). [o] L. 18. §. 1. D. de prob. 22. 3. cf. L. 18 §. 3. D. commod. 13. 6.

resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat; alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. Haec ita, si duntaxat accipientis gratia commodata sit res; at si utriusque, veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas; sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita fiat culpae aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet. d) L. 17. §. 2. D. de praescript. verb. 19. 5.... Si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non; si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.

[2] Eine Zuſammenſtellung der verſchiedenen Fälle nach dem Grade der Haftung gibt L. 23. D. de R. J. Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium; dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutela, negotia gesta; in his quidem et diligentiam; societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus vel minus, in singulis contractibus; nam hoc servabitur, quod initio convenit, legem enim contractus (Vulg. *contractui*) dedit, excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est, et ita utimur. Animalium vero casus, mortesque, quae (Flor. *mortes, quaeque*) sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur. — Huſchke im Rh. Muſ. VII. S. 74. hat dieſe Stelle folgendermaßen corrigirt: Contractus .... pignori acceptum, locatum, negotia gesta (in his quidem et diligentia praestatur); item dotis datio, tutela, societas et rerum communio u. ſ. w., wie oben. — Uebrigens vgl. Bethmann-Hollweg, über die Claſſification der Contracte in Beziehung auf Culpa, Anh. IV. zu Haſſe's Culpa, 2. Ausgabe. (§. 85. Anm. 1.).

[3] Ueber die verſchiedenen Anſichten in Betreff dieſer Frage vgl. Löhr Theorie der Culpa S. 81. fg., Beiträge S. 219. und im Mag. III. S. 173 fg.; Haſſe, Culpa §. 36. 37. — Hagemeiſter in Löhrs Mag. III. S. 145. fg. Sint. §. 101. not. 38.

[4] Vgl. darüber Weber v. der Beweisführung §. 21.... 25. Seuffert Erörter. I. S. 117. fg. Puchta §. 267. Sint. §. 101. not. 67.

[5] Ueber die Frage, inwiefern ein Geſchäftsherr auch rückſichtlich der durch

rechtswidriges Verhalten des Geschäftsführers verursachten Modificationen einer Obligatio hafte, vgl. L. 5. §. 8. D. de instit. act. 14. 3. Idem (*Labeo*) ait, si libitinarius, quos graece *νεκροδάπτας* vocant, servum pollinctorem habuerit, isque mortuum spoliaverit, dandam in eum quasi institoriam actionem, quamvis et furti et iniuriarum actio competeret. L. 5. §. 10. eod. Sed et quum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cuius profectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus; sin vero quasi institor, teneri eum. Plane si affirmaverit mihi, recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur. cf. L. 1. §. 2. D. de exercit. act. 14. 1. L. 5. §. 8. D. de doli except. 44. 4. Thöl Handelsrecht §. 33., Puchta §. 278. not. d., welcher statt *imperare* liest *imperarem*. Dagegen Bang. III. §. 661.

§. 251.

b) Durch Verzug. Mora [1].

Die Verzögerung einer Leistung, Mora im weitern Sinn [a], kann vermöge besonderer Festsetzung (Vertrag oder letztwilliger Verfügung) besondere rechtliche Folgen haben [b]. Unter gewissen Voraussetzungen aber hat sie nach Rechtsvorschrift eigenthümliche Wirkungen, die eine Aenderung des Schuldverhältnisses mit sich bringen. Eine rechtswidrige Verzögerung dieser Art ist Verzug oder Mora im engern vorzüglichen Sinn [c], und zwar Verzug des Schuldners, mora solvendi oder mora debitoris, wenn sie dem Schuldner zur Last fällt, Verzug des Gläubigers, mora accipiendi oder mora creditoris, wenn es am Gläubiger lag, daß die Leistung nicht erfolgte.

1) Der Verzug des Schuldners hat die Wirkung, daß dieser nunmehr selbst durch zufällig eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung [d] nicht befreit wird [2], um so mehr also nun für jedes Verschulden haftet, wenn er auch bis dahin nur in beschränkterem Maße verantwortlich war [e]; daß beim Ersatz des Werthes der höchste Werth in Anschlag kommt, den der Schuldgegenstand seit dem Verzuge gehabt hat [f]; daß der säumige Schuldner überhaupt

[a] L. 138. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 24. pr. D. de usur. 22. 1. cf. L. 38. §. 6. eod. L. 13. 26. §. 3...5. D. de fideicommiss. libert. 40. 5. [b] L. 12. Cod. de contrah. stip. 8. 38. L. 23. D. de O. et A. 44. 7. §. 249. not. g....l. [c] L. 173. §. 2. D. de R. J. L. 127. D. de V. O. 45. 1. Dig. de usuris et fruct. et caus. et omnib. access. et mora. 22. 1. [d] L. 5. D. de reb. cred. 12. 1. L. 25. §. 2. D. sol. matr. 24. 3. L. 39. §. 1. L. 108. §. 11. D. de legat. I. L. 24. 82. §. 1. D. de V. O. 45. 1. [e] L. 25. §. 2. cit. cf. L. 17. D. de iure dot. 23. 3. L. 12. §. 3. D. depos. 16. 3. [f] L. 8. §. 1. D. de cond. furt. 13. 1. L. 3. D. de cond. trit. 13. 3. L. 3. §. 3. L. 21. §. 3. D. de act. emti. 19. 1.

dem Gläubiger das Intereſſe zu leiſten hat [g], und von einer Geldſchuld insbeſondere Verzugszinſen [3] zu zahlen ſchuldig iſt [h]. Um aber den Schuldner in Verzug zu ſetzen, iſt, die Fälligkeit der Forderung vorausgeſetzt [i], regelmäßig [4] eine Aufforderung zur Erfüllung (Mahnung, interpellatio) von Seiten des Gläubigers erforderlich [k]; nur ausnahmsweiſe [5] treten jene Wirkungen auch ohne Mahnung ein [l]. Iſt eine beſtimmte Zeit der Erfüllung feſtgeſetzt, ſo kann dies nicht nur nach ausdrücklicher Verabredung oder nach dem beſondern Inhalt des Geſchäfts die Wirkung haben, daß der Schuldner durch Verſäumung der Zeit ohneweiters dem Gläubiger für den Nachtheil verantwortlich wird [m], ſondern es iſt, wenn auch nicht nach römiſchem [n], doch nach heutigem Recht als Regel zu behaupten, daß der Schuldner hier auch ohne Mahnung durch bloße Verſäumung der Zeit in Verzug geſetzt werde [6]. Aber auch den gemahnten Schuldner treffen doch die Folgen des Verzugs nicht, wenn die Verzögerung der Leiſtung durch hinreichende Gründe [o] gerechtfertigt iſt [7], wohin aber ſelbſt unverſchuldete Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, wie überhaupt bloße Schwierigkeit der Leiſtung für den Schuldner, wenn ihm nicht die Erfüllung ohne ſeine Schuld unmöglich geworden, nicht zu rechnen iſt [p]. Bei einer Geſammtſchuld (§. 213.) treten die Wirkungen des Verzugs nur gegen denjenigen Geſammtſchuldner ein, der für ſeine Perſon in Verzug geſetzt iſt [q].

2) Der Verzug des Gläubigers bewirkt, daß der Schuldner nunmehr durch jede ſpäter eintretende nicht durch grobes Verſchulden (dolus aut lata culpa) deſſelben verurſachte Unmöglichkeit der

g L. 21. §. 3. cit. L. 114. D. de V. O. cf. L. 24. §. 4. D. locati. 19. 2. — L. 8. 14. pr. 38. D. h. t. 22. 1. h L. 32. §. 2. L. 34. 37. eod. L. 19. D. de peric. 18. 6. L. 13. Cod. de act. emti. 4. 49. L. 10. §. 3. D. mand. 17. 1. u. a. i L. 88. D. de R. J. L. 49. §. 3. L. 127. D. de V. O. 45. 1. k L. 32. pr. §. 1. 3. D. h. t. 22. 1. L. 23. 24. D. de V. O. 45. 1. L. 36. §. 3. D. de legat. I. — cf. L. 24. §. 2. D. h. t. 22. 1. l L. 23. §. 1. D. h. t. — L. 8. §. 1. D. de cond. furt. 13. 1. L. 7. Cod. de cond. ob turp. caus. 4. 7. L. 1. §. 35. L. 19. D. de vi. 43. 16. L. 46. §. 4. D. de episcop. 1. 8. (lex restituta) vgl. mit nov. 131. cap. 10. m L. 34. D. de R. J. L. 9. §. 1. L. 12. 17. §. 4. D. h. t. 22. 1. L. 135. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 47. D. de act. emti. 19. 1. L. 10. Cod. eod. 4. 49. n arg. L. 44. §. 1. D. de V. O. 45. 1. (§. 220. not. f.) — L. 49. §. 3. eod. L. 17. §. 4. D. h. t. 22. 1. — L. 34. in f. D. de R. J. o L. 114. D. de V. O. 45. 1. L. 91. §. 3. eod. — L. 9. §. 1. L. 17. §. 3. L. 21. 22. 23. pr. 24. pr. 47. D. h. t. 22. 1. L. 23. §. 1. D. de recept. 4. 8. L. 5. D. de reb. cred. 12. 1. L. 21. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. L. 42. 99. D. de R. J. — cf. L. 22. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 39. §. 1. D. ad leg. Falc. 35. 2. p L. 137. §. 4. D. de V. O. 45. 1. q L. 32. §. 4. D. h. t. 22. 1. L. 173. §. 2. D. de R. J.

Leiſtung befreit wird[r], und der Gläubiger ihm das Intereſſe wegen vereitelter Zahlung zu leiſten hat[s]. Der Gläubiger aber iſt in Verzug, wenn er den Empfang der in gehöriger Weiſe[8] angebotenen Leiſtung ohne rechtlichen Grund verweigert hat[t], oder dieſe ſonſt von ſeiner Seite verhindert iſt, während von Seite des Schuldners das Erforderliche geſchehen war, um dieſelbe zu vollziehen[u], wozu, wenn Ort und Zeit der Leiſtung beſtimmt war, ſchon das genügt, daß der Schuldner zur Erfüllung bereit ſich einfindet, der Gläubiger ausbleibt[v].

Der Verzug des Gläubigers wie des Schuldners wird aufgehoben (mora purgatur), wenn der Säumige zu dem früher Verſäumten ſpäter ſich bereit zeigt, vorausgeſetzt, daß er dem andern Theile zugleich auch dasjenige zu gewähren bereit iſt, was dieſem in Folge des Verzugs gebührt[w]. Die Aufhebung der Obligatio ſelbſt hebt auch den Verzug auf[x], deſſen Wirkungen außerdem durch Verabredung immer beſeitigt werden können.

Anm. [1] Neuere Bearbeitungen dieſer Lehre: Madai, d. L. von der Mora. Halle 1837. C. W. Wolff, zur Lehre von der Mora. Göttingen 1841. Vgl. Sint. §. 93. Bang. III. §. 588.

[2] Dieſe Wirkung wird bezeichnet durch den Ausdruck: *perpetuatur* oder *perpetua fit obligatio* u. dgl., L. 91. §. 3. D. de V. O. L. 58. §. 1. D. de fideiuss. 46. 1. L. 24. in f. D. h. t. cf. L. 59. §. 5. D. mand. 17. 1, der nicht auf Ausſchließung der Verjährung zu beziehen iſt. — Streitfrage: ob dieſe Wirkung wegfalle, wenn erwieſen wird, daß der Verluſt den Gläubiger auch bei rechtzeitiger Erfüllung getroffen haben würde? arg. L. 15. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. L. 14. §. 1. D. depos. 16. 3. cf. L. 47. §. 6. D. de legat. I. Vgl. die Stellen in not. l. Haenel dissensiones domin. pag. 138. Madai §. 46...48. Wolff §. 40. Bang. §. 588. Anm. 3. Sint. §. 93. not. 44. Sav. VI. S. 184. fg. (§. 167. Anm. 1.).

[3] L 32. §. 3. D. h. t. In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur. L. 2. Cod. depos. 4. 34. Usurae in depositi actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis ex mora venire solent. Aber auch bei Vermächtniſſen: L. 34. D. h. t. cf. L. 3. Cod. 2. 41. Pauli sent. III. 8. §. 4. Gai. II. §. 280.; bei der Pollicitatio: L. 1. pr. D. de pollicit. 50. 12., und in

[r] L. 15. 17. D. de periculo. 18. 6. L. 105. D. de V. O. 45. 1. L. 72. pr. D. de solut. 46. 3. [s] L. 3. §. 4. L. 38. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. L. 1. §. 3. D. de peric. 18. 6. [t] L. 39. L. 72. pr. §. 3. D. de solut. 46. 3. cf. L. 122. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 41. §. 1. D. h. t. 22. 1. [u] L. 3. §. 4. cit. L. 4. Cod. de usur. pup. 5. 56. [v] arg. L. 23. §. 1. D. h. t. L. 18. pr. D. de pecun. const. 13. 5. [w] L. 73. §. 2. L. 91. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 72. §. 1. in f. D. de solut. 46. 3. — L. 17. D. de periculo. 18. 6. L. 51. pr. D. de act. emti. 19. 1. [x] L. 29. §. 1. D. de V. O. L. 17. D. de cond. furt. 13. 1. — L. 8. D. de novat. 46. 2. cf. L. 14. pr. L. 31. pr. eod. 1. 72. §. 1. 2. D. de solut. 46. 3.

andern Fällen: L. 38. §. 8...16. D. h. t. Anders nach R.'R. der Regel nach in stricti iuris iudiciis, alſo namentlich beim Darlehen. Ueber das heutige Rt vgl. §. 206. Anm. 2. §. 210. Anm. 2. 3. Madai §. 52. — Verſchieden von den Verzugszinſen ſind die Proceßzinſen, die nach Beginn des Rechtſtreits auch dann zu vergüten ſind, wenn eine Mora des Beklagten nicht vorliegt. Sav. VI. S. 121. fg. vgl. mit S. 81. fg. (§. 113. Anm. 4. b.).

[4] Pauli sent. III. 8. §. 4. Mora autem fieri videtur, cum postulanti non datur. L. 32. pr. D. h. t. Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit: quod apud iudicem examinabitur. Nam, ut et Pomponius scripsit, difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, quum sit magis facti quam iuris.

[5] Die Ausnahmen nach not. 1. ſind a) wenn die Mahnung durch Abweſenheit des Schuldners unmöglich gemacht iſt; b) wenn Jemand durch Delict (Diebſtahl oder Gewalt) in den Beſitz einer Sache gekommen iſt, als welcher von Zeit ſeines Beſitzes an in mora iſt; c) bei Vermächtniſſen zu Gunſten von Kirchen und milden Stiftungen. In dieſen Fällen ſagt man: *moram ex re fieri*, L. 32. pr. D. h. t., oder nach heutiger Ausdrucksweiſe: *Lex interpellat pro homine.* Man kann dahin auch noch die Fälle geſetzlicher Zinsverbindlichkeit nach §. 207. Anm. 1. a. β. Anm. 2. a. α. §. 208. Anm. 2. a. zählen, arg. L. 3. Cod. in quib. caus. in int. 2. 41. In minorum persona re ipsa, ex solo tempore tardae pretii solutionis, recepto iure moram fieri creditum est, in his videlicet, quae moram desiderant, id est in bonae fidei contractibus et fideicommissis et legatis. L. 26. §. 1. D. de fideicomm. lib. 40. 5. Aber vgl. L. 87. §. 1. D. de legat. II. Usuras fideicommissi post impletos annos viginti quinque puellae, ex quo mora facta est, deberi respondi; quamvis enim constitutum sit, ut minoribus 25 annis usurae omnimodo praestentur, tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur. L. 5. Cod. de act. emti. 4. 49... Cum usuris.., quas... minoris aetatis favor, licet nulla mora intercesserit, generavit. Jedenfalls beſchränkt ſich in dieſen Fällen die Wirkung der Mora auf die Entſtehung der Zinsverbindlichkeit.

[6] Dieſe Regel, ausgedrückt durch den Satz: *Dies interpellat pro homine*, früher faſt allgemein angenommen, auch ſchon von dem Byzantiner Stephanus anerkannt (Zachariä in der Ztſchr. für geſch. Rtsw. XIV. S. 135.), aber ſcharf angefochten von Schröter in ſeiner und Linde's Ztſchr. VI. 5. VII. 3., wird auch ſeitdem noch von Vielen als im R. R. ſchon begründet vertheidigt, z. B. Thibaut im civ. Arch. VI. 2. XVII. 7. Madai §. 16...24. Bang. §. 588. Anm. 2. Dagegen u. a. Wolff §. 27...29. Puchta §. 289. not. q. Sint. §. 93. not. 71. Für das gemeine deutſche Recht aber iſt dieſe Streitfrage durch eine in den angeführten Schriften unbeachtet gebliebene Reſolution ad dubia cameralia v. J. 1595. dahin entſchieden worden, „daß die mora ab interpellatione hominis vel die an zu rechnen." Vgl. Seuffert's Arch. VI. 163.

[7] Inculpata mora, vgl. L. 9. §. 1. D. h. t. Streitfrage: ob die Mora überhaupt eine Culpa vorausſetze? Madai §. 2. 13., Wolff §. 19...21. 23.

(welcher zu der von ihm so genannten subjectiven Mora sogar lata culpa erfordert), Bang. §. 588. Anm. 1. Mommsen Beitr. z. Obligationenrecht I. S. 264. fg. Dagegen Schömann vom Schadensersatz II. S. 10. fg. Puchta §. 169. not. h. Sint. §. 93. not. 50. Holzschuher II. 2. S. 223. fg. Vgl. Seuffert §. 245. not. 13. „Die bloße factische Unvermögenheit oder sonstige Unfähigkeit zur Erfüllung kann für sich allein nicht zur Entschuldigung dienen, indem sonst jeder leichtsinnige Schuldner und Speculant, der bei Eingehung der Verbindlichkeit das Wie der Erfüllung nicht bedacht hat, auf die leichteste Manier die Folgen des Verzugs abwenden könnte. Nur dann kann hier der Richter von diesen Folgen befreien, wenn dem Schuldner ein Mangel an Voraussicht und überhaupt Leichtsinn und Nachlässigkeit nicht vorgeworfen werden kann, und es klar vorliegt, daß er an der Erfüllung durch Umstände und Verhältnisse gehindert wurde, deren Eintreten weder nach menschlicher Berechnung vorauszusehen noch abzuwenden war. Die Nichterfüllung ist in solchen Fällen als ein den Gläubiger treffender Zufall anzusehen." Aber selbst die durch außerordentliche und unvorgesehene Unglücksfälle verursachte Zahlungsunfähigkeit wird den Schuldner nicht gegen die Folgen des Verzugs schützen. Dagegen wieder Seuffert a. a. O. (3. Aufl.) mit Bezugnahme auf die Stellen in not. o. Windscheid in der Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 112. — Vgl. noch Gerau, über Verzugszinsen nach erkanntem Concursprocesse, in Linde's Ztschr. n. F. III. 7.

[8] Ueber die Beschaffenheit des Anerbietens, insbesondere die Unterscheidung von oblatio verbalis und realis, vgl. Madai §. 37...41. Wolff §. 31...36.

§. 252.

c) Durch Abläugnung oder Weigerung.

In gewissen Fällen soll den Schuldner, weil er seine Verbindlichkeit geläugnet, oder weil er deren Erfüllung verweigert oder bis zur Klage vorenthalten hat, der Nachtheil treffen, daß er nunmehr zu mehrfachem Betrage dessen, was er schuldig war, verurtheilt wird (§. 98. not. d...f.).

Anm. [1] Im Justinianischen Recht kommen folgende hiehergehörige Fälle vor:

a) Die gerichtliche Abläugnung der Schuld, die dem Kläger deren Beweis aufbürdet, hat die Strafe des doppelten Ersatzes zur Folge (Lis infitiando crescit in duplum): *α*) bei der Verbindlichkeit zum Schadensersatze ex lege Aquilia, §. 19. 23. 26. J. de act. 4. 6. L. 2. §. 1. D. ad leg Aquil. 9. 2.; *β*) wenn der Beklagte die Aechtheit eines schriftlichen Empfangbekenntnisses oder den darin bescheinigten Empfang abläugnet, nov. 18. cap. 8.; in beiden Fällen vorausgesetzt, daß der Beklagte anders als durch Ausschwörung des dem Kläger oder Verweigerung des dem Beklagten angetragenen Eides überführt werde. L. 30. D. de iurejur. 12. 2. nov. 18. cit.

b) Nicht nur die Abläugnung, sondern schon die Nichterfüllung bis zur Klage verpflichtet zum Doppelten bei Vermächtnissen zu Gunsten milder Stiftungen. §. 19. 26. J. l. c. cf. L. 46. §. 7. Cod de episcop. 1. 3.

c) Verurtheilung zum Doppelten hat auch die treulose Vorenthaltung eines

sogen. depositum miserabile zur Folge. §. 17. J. l. c. L. 1. §. 1. D. depos. 16. 3.

d) Die Weigerung der Wiedererstattung auf richterliches Gebot zieht bei der actio quod metus causa Verurtheilung zum Vierfachen nach sich. §. 25. 27. J. l. c. L. 14. §. 1. D. quod met. causa. 4. 2.

Nicht hieher gehört L. 34. Cod. de locato. 4. 65., die unter den Gesichtspunkt von §. 64. not h. fällt.

[2] Eine erschöpfende geschichtliche Erörterung dieser Fälle, insbesondere der eigentlichen Litiscrescenz, gibt Rudorff, in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. 9. Im Justinianischen Recht „erscheint die Verdoppelung als innerlich principlose Strafe des Ableugnens, von der man nur nicht begreift, warum sie nicht eben so gut in unzähligen andern Fällen angewendet wird." — „Ueber die Anwendung im gemeinen deutschen Recht ist man so weit einig, als sie die Ausschließung der condictio indebiti (vgl. §. 7. J. de obl. quasi ex contr. 3. 28.) und die Verdoppelung der Vermächtnisse ad pias causas betrifft; über die Verdoppelung der Aquilia hingegen ist es nie zu einer übereinstimmenden Doctrin und Praxis gekommen. Auch das Läugnen der Schuldscheine und Quittungen ist nur particularrechtlich mit dem Doppelten gestraft worden." Rudorff a. a. O. S. 476. 477. Ueber die verschiedenen Meinungen vgl. noch Sell Jahrb. II. S. 245. fg. Sint. §. 101. not. 69. fg. — Die Strafe des Vierfachen nach Anm. 1. d. ist entschieden unpractisch. Puchta §. 271. not. f. §. 385. not e.

§. 253.

3) Durch Zufall.

Ein Zufall kann die Obligatio völlig aufheben, indem er deren Erfüllung ganz unmöglich macht (§. 274.); er kann eben so dieselbe mindern, indem er die Leistung in ihrem ursprünglichen Umfang unmöglich macht. Umgekehrt kann der Gegenstand der Leistung durch zufällige Umstände einen Zuwachs erhalten, causa rei oder commodum rei [a]. Regel ist, daß, wer die Gefahr des Untergangs oder der Verringerung des Schuldgegenstandes trägt, auch Anspruch habe auf dessen Erweiterung; commodum eius esse debet, cuius est periculum [b]. Dem Gläubiger also, der für jene keinen Ersatz fordern kann und ungeachtet derselben seiner Gegenleistung nicht entbunden ist, muß der Schuldner andererseits auch die Vortheile leisten, welche die Sache inzwischen gewährt, als welche von selbst jenem zugefallen wären, wenn die Leistung sofort nach Entstehung der Obligatio geschehen wäre. Dahin gehören die Früchte der Sache [c] und was sonst als Nebensache zu derselben hinzukommt [d];

[a] Dig. de usuris et fructibus et accessionibus. 22. 1. de periculo et commodo rei venditae. 18. 6. Cod. 4. 48. [b] §. 3. J. de emt. vend. 3. 23. [c] L. 4. §. 1. L. 38. 39. D. de usur. L. 13. §. 13. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 39. §. 1. D. de legat. I. L. 62. 64. D. de rei vind. 6. 1. [d] L. 7. pr. D. de periculo. §. 3. J. l. c.

aber auch Klaganſprüche, die bezüglich der Sache gegen Dritte entſtanden ſind [d], es ſey denn, daß der Schuldner für die begangene Rechtsverletzung ſchlechthin dem Gläubiger haftet [e]. Nicht dahin gehören die Vortheile, welche der Schuldner durch Rechtsgeſchäfte in Anſehung der Sache gewonnen hat, ſofern dieſe nicht auch auf Rechnung und Gefahr des Gläubigers ſtattfanden [f].

Anm. Vgl. überhaupt Ihering Abh. Nr. 1. „In wie weit muß der, welcher eine Sache zu leiſten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?" — Streitig: a) ob auch der Mieth- oder Pachtzins gleich den natürlichen Früchten zu erſtatten ſey? L. 13. §. 11. D. de act. emti. Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent, qui locaverat. Idem et in praediis urbanis: nisi si quid nominatim convenisse proponatur. Dagegen L. 13. §. 13. eod. Item si quid ex operis servorum vel *vecturis iumentorum vel navium* quaesitum est, emtori praestabitur. cf. L. 62. pr. D. de rei vind. ... Nam etsi maxime vectura, sicut usura, non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis foeneretur. (§. 167. Anm. 1.). L. 13. §. 1. D. commod. 13. 6. Si quem quaestum fecit is, qui experiendum quid accepit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit ei, qui experiendum dedit; neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit. Glück XVII. S. 196. fg. Sint. §. 101. not. 89.; Puchta §. 272. not. e. und Vorleſ. II. S. 101. b) wie es ſich mit dem gefundenen Schatz verhalte? Glück a. a. O. S. 190. fg.; Puchta a. a. O. S. 101. ſpricht hinſichtlich des vom Schuldner ſelbſt noch als Eigenthümer gefundenen Schatzes dem Gläubiger den Anſpruch auf die Hälfte ab; denn: „die ſinguläre Beſtimmung, welche das natürliche Recht des Occupanten modificirt, tritt hier nicht in Anwendung, weil ihre Vorausſetzung iſt, daß Occupant und Eigenthümer verſchiedene Perſonen ſind, und dieſe hier nicht eintritt. Es entſteht mithin gar keine Forderung auf die Hälfte, und darum kann auch nicht von ihrer Devolution an den Gläubiger die Rede ſeyn". Subtil, aber dennoch inconſequent! arg. L. 7. §. 12. D. sol. matr. 24. 3. Ihering a. a. O. S. 8.

V. Uebertragung von Obligationen. Ceſſion.

§. 254.

Ein Schuldverhältniß kann mit der Geſammtheit des Vermögens auf die Erben (§. 104.) und andere Univerſalſucceſſoren (§. 56.) übergehen, als welche überhaupt die Perſon des bisherigen Vermögensſubjects repräſentiren. Eine Uebertragung der Obligatio aber

[d] L. 35. §. 4. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 13. §. 12. D. de act. emti. 19. 1. L. 11. §. 8. 9. 10. D. quod vi. 43. 24. L. 14. pr. D. de furt. 47. 2. [e] §. 3. J. cit. L. 34. §. 5. cit. [f] L. 21. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 62. pr. D. rei vind. 6. 1.

als eines einzelnen Vermögensverhältniſſes wird im römiſchen Recht als dem Weſen derſelben widerſtreitend bezeichnet, indem ſie in einer perſönlichen Beziehung zwiſchen Gläubiger und Schuldner beruhe, deren Aufhebung Vernichtung der Obligatio wäre. Wohl kann die beſtehende Obligatio aufgehoben und eine neue deſſelben Inhalts zu Gunſten eines andern Gläubigers an deren Stelle geſetzt werden (durch Novation, §. 268.); aber dieſe iſt dann eben eine neue Obligatio, und es bedarf dazu der Mitwirkung des Schuldners, der ſich dem neuen Gläubiger verpflichtet[1]. Unbeſchadet dieſer Rechtsanſicht kann jedoch der Zweck der Uebertragung einer Forderung auf einen Andern, auch ohne Zuſtimmung des Schuldners, wie es dem Bedürfniß des rechtlichen Verkehrs entſpricht, vollkommen dadurch erreicht werden, daß der Gläubiger die Ausübung ſeines Forderungsrechtes jenem zu eigenem Vortheil überläßt. Der Gläubiger kann einen Andern zum procurator in rem suam (§. 112.) bezüglich des Forderungsrechts beſtellen[2]; er kann ihn ermächtigen, ſtatt ſeiner die Zahlung in Empfang zu nehmen und nöthigenfalls durch Klage gegen den Schuldner dieſelbe zu erwirken oder auf andere Weiſe (durch Exceptio) die Forderung geltend zu machen, zugleich mit der Einräumung, das zu Leiſtende als das Seinige zu behalten und zu behandeln, und auf dieſe Weiſe ſeine Forderung jenem abtreten (cediren). Die Ceſſion der Forderung ſtellt ſich dieſemnach dem Schuldner gegenüber dar als Uebertragung der Ausübung derſelben an einen Andern für deſſen eigene Rechnung[3]. Indem aber dieſem die Geltendmachung der Forderung zu eigenem Vortheil überlaſſen iſt und darüber ihm ohne weitere Rückſichtnahme auf den bisherigen Gläubiger die Verfügung zuſteht, ſo iſt der letzte jetzt in Wahrheit nicht mehr Gläubiger; jener iſt nunmehr allein der wirklich Forderungsberechtigte; die Forderung iſt in ſein Vermögen übergegangen, ſo wie ſie bisher dieſem zugeſtanden, und ſo erſcheint die Ceſſion der Forderung als wahre Uebertragung derſelben auf einen andern Gläubiger[4]. Dieſen nennt man Ceſſionar, den abgetretenen Gläubiger Cedenten, den Schuldner, gegen den die Forderung abgetreten iſt, debitor cessus. Uebrigens kann auch eine klagloſe Obligatio abgetreten werden[5].

Der Ceſſion einer Forderung ſteht gegenüber die Uebernahme der Schuld eines Andern. Dieſe kann freilich nicht ohne Einwilligung des Gläubigers die Entbindung des bisherigen Schuldners von

seiner Verbindlichkeit bewirken, und gibt andrerseits dem Gläubiger, so lange er seine Einwilligung nicht erklärt hat, noch kein Forderungsrecht gegen den Uebernehmer, der bis dahin noch blos durch den Willen des bisherigen Schuldners aller aus der Uebernahme hervorgehenden Verbindlichkeit entledigt werden kann. Hat aber der Gläubiger, ausdrücklich oder stillschweigend, den Uebernehmer als seinen Schuldner anstatt des frühern angenommen, so ist der letzte nun befreit und jener in dessen Schuldverhältniß eingetreten [6].

Anm. [1] Gai. II. §. 38. Obligationes quoque modo contractae nihil eorum (*sc. in iure cessionem vel mancipationem*) recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quo res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi deberi, quae dicitur novatio obligationis. cf. L. 25. §. 2. D. de usufr. 7. 1. Si operas suas iste servus locaverit et in annos singulos certam aliquid stipaletur, eorum quidem annorum stipulatio, quibus ususfructus mansit, acquiretur fructuario, sequentium vero annorum ad proprietarium transit semel acquisita usufructuario, quamvis non soleat stipulatio semel cui quaesita ad alium transire, nisi ad heredem vel adrogatorem.

[2] Gai. l. c. in f. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri. cf. Gai. IV. §. 86. Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit: nam si verbi gratia Lucius Titius pro Publio Maevio agit, ita formula concipitur: *Si paret Numerium Negidium Publio Maevio sestertium decem milia dare oportere, iudex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium decem milia condemna, si non paret, absolve.*

[3] Von diesem Standpunkt aus ist diese Lehre gründlich bearbeitet von Mühlenbruch, d. L. v. d. Cession der Forderungsrechte. Greifswalde 1817., 3. Aufl. 1836. Dazu vgl. Puchta im Rtslex. II. S. 636...664. (Kl. Schr. Nr. 27.).

[4] Seuffert Pand. §. 297. „Forderungen... können durch Kauf, Tausch u. s. w. von dem ursprünglichen Gläubiger auf eine andere Person, und zwar in der Art, daß nicht, wie bei der Novation, das ganze Schuldverhältniß aufgehoben und durch ein neues ersetzt wird, sondern die ursprüngliche Forderung mit verändertem Gläubiger fortbesteht"; und das. Anm. 4. „Allerdings erscheint das Rechtsproduct der Cession auch im neuesten römischen Rechte nur als Befugniß, eine fremde Forderung zu eigenem Vortheil auszuüben. Allein im heutigen Rechtsbewußtseyn des Volkes stellt sich die übertragene Forderung als eine dem Cessionar eben so eigene dar, wie eine veräußerte körperliche Sache als Eigenthum des Erwerbers." Vgl. Brinz kr. Bl. Nr. 2. S. 34. Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden (vgl. Anm. 6.) S. 8. fg. und Windscheid in der krit. Ueberschau I.

S. 27. fg. In der That iſt dieſe Rechtsanſchauung in allen ihren practiſchen Conſequenzen ſchon im R. R. zum Durchbruch gekommen; Juſtinian ſpricht ſie auch in Worten klar aus, wenn er in L. 23. Cod. mand. 4. 35. ſagt: „ut partem quidem debiti venditionis titulo *transferant in alium creditorem*“, und „partem autem donationis titulo transferre“, und wiederum „debitum totum donare et per donationem actiones transferre“; die Bezeichnung des Ceſſionars als procurator in rem suam ſpricht nichts anderes mehr aus, als daß es eben die (bisherige) Forderung des Cedenten, mit demſelben Inhalt und denſelben Beſchränkungen iſt, welche der Ceſſionar, ein andrer Gläubiger, geltend macht, der in Wahrheit durchaus nicht mehr Stellvertreter des bisherigen Gläubigers iſt. L. §. 42. §. 2. D. de procurat. 3. 3.

[b] Vgl. d'Avis und Arndts in Linde's Ztſchr. n. F. X. 5.

[c] Nach R. R. trat dieſe Wirkung nur durch Stipulation oder Litisconteſtation ein (§. 112. 268. 271.); im heutigen Recht, zufolge der allgemeinen Gültigkeit formloſer Verträge, iſt die irgendwie erklärte Einwilligung des Gläubigers genügend. Ueber die juriſtiſche Auffaſſung des ganzen Verhältniſſes ſind aber die Anſichten noch verſchieden. Vgl. Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden nach gem. und preuß. Rechte. Berlin 1853. Windſcheid, die Singularſucceſſion in Obligationen, in der krit. Ueberſchau I. S. 27 . . . 46.

§. 255.

A. Erforderniſſe der Ceſſion.

Die Ceſſion geſchieht durch die Willenserklärung des Gläubigers, die einem Andern die Befugniß ertheilt, die Forderung zu eigenem Vortheil geltend zu machen. Der Grund, welcher den Gläubiger dazu beſtimmt, causa cessionis, kann von eben ſo manchfaltiger Art ſeyn [a], wie überhaupt der Grund der Gewährung irgend eines Vermögensvortheils (§. 233.); er kann insbeſondere in der durch ein vorhergehendes Rechtsgeſchäft eingegangenen Verpflichtung zur Abtretung der Forderung liegen [b], aber auch auf einem Umſtande, der den Gläubiger unabhängig von ſeinem Willen nach Rechtsvorſchrift dazu verpflichtet [c], beruhen [1]. Einer beſondern Form bedarf die Ermächtigung zur Geltendmachung der Forderung, insbeſondere zur Anſtellung der Klage, an ſich nicht. Dieſelbe kann daher ſtillſchweigend ſchon durch das Rechtsgeſchäft gegeben ſeyn, welches den Grund der Ceſſion enthält, ſofern nämlich die Abſicht darauf gerichtet iſt, daß dem Andern ohneweiters die volle Ausübung der Forderung überlaſſen ſeyn ſolle [2]. Bedarf jedoch dieſes

[a] z. B. L. 6. Cod. de O. et A. 4. 10. L. 2. Cod. de donat. 8. 54. [b] Dig. de hereditate vel actione vendita. 18. 4. Cod. 4. 39. [c] z. B. L. 18. Cod. de legat. 6. 37. L. 1. §. 13. D. de tut. act. 27. 3. L. 17. 41. §. 1. D. de fideiuss. 46. 1. L. 95. §. 10. D. de solut. 46. 3. L. 63. D. de rei vind. 6. 1.

Rechtsgeschäft nach seiner besondern Natur einer bestimmten Form, z. B. als Schenkung (§. 81.), so ist auch die Gültigkeit der Cession davon abhängig, sowie überhaupt die für ein Rechtsgeschäft gewisser Art geltenden Vorschriften auch zur Anwendung kommen, wenn es die Abtretung einer Forderung zum Inhalt hat.

Aber auch ohne vom Gläubiger ertheilte Ermächtigung zur Anstellung der Klage (mandatum ad agendum) kann die Ausübung der Forderung durch einen andern stattfinden, wenn jener diesem gegenwärtig zur Abtretung der Klage, sey es durch ein vorher eingegangenes Rechtsgeschäft oder aus andern Gründen, verpflichtet ist, die betreffende Erklärung aber nicht abgibt. Hier wird die Cession der Klage wegen des rechtlich begründeten Anspruchs auf dieselbe, der freilich nach Umständen zuvor durch richterliche Entscheidung festzustellen ist, ohne Zuthun des Gläubigers als geschehen angenommen und dem Berechtigten, sowie die Zeit der Geltendmachung seines Anspruchs gekommen ist [3], utilis actio anstatt der mandata actio gegeben [d], mit gleicher Wirkung als ob er zum procurator in rem suam bestellt worden wäre [4].

Uebrigens kann auch eine noch nicht fällige oder bedingte oder sonst noch ungewisse Forderung oder Klage schon im voraus abgetreten werden [e]. Einwilligung des Schuldners ist überall nicht erforderlich [f]. Immer aber wird nur die Forderung, d. i. der Rechtsanspruch des Gläubigers, sowie dieser selbst ihn geltend machen könnte, z. B. die actio mandati, pro socio, locati, abgetreten, nicht auch das obligatorische Verhältniß selbst, woraus jene entsteht, z. B. das Mandats- oder Societätsverhältniß im Ganzen, auf den Cessionar übertragen. [5]

Anm. [1] Man unterscheidet hiernach cessio voluntaria und necessaria: aber necessaria ist in der That auch die durch freiwillige Verpflichtung zugesagte Cession. Die sog. cessio necessaria ist ihrer wahren practischen Bedeutung nach nichts anderes, als ein ohne Willen des Gläubigers eingetretener Uebergang seines Forderungsrechts auf einen Andern. Ueber die einzelnen Fälle vgl. Mühlenbruch §. 37. Unter diesen Fällen sind aber mehrere, in welchen nach heutiger Rechtsansicht die Forderung von Anfang an als dem andern erworbene gilt. (§. 246.)

[2] Ob diese Absicht beim Verkaufe der Forderung, wenn der Kaufpreis nicht

[d] L. 16. pr. D. de pact. 2. 14. L. 1. 2. Cod. de O. et A. 4. 10. L. 5. Cod. quando fiscus. 4. 15. L. 5. 8. 9. Cod. h. t. 4. 39. L. 18. Cod. de legat. 6. 37. L. 28. 3 D. de procurat. 3. 3. (§. 246. not. d. e.). [e] L. 17. 19. D. h. t. 18. 4. L. 21. 63. D. de rei vind. 6. 1. [f] L. 3. Cod. h. t. 4. 39. L. 1. Cod. de novat. 8. 42.

gezahlt oder geſtundet iſt (§. 165. not. s.), anzunehmen ſey? Puchta im Rtslex. S. 640. vgl. Mühlenbruch §. 42.

[3] „Gründet ſich aber der Anſpruch auf das beneficium cedendarum actionum (z. B. §. 213. not k.), ſo muß der Berechtigte ſeinen Willen, davon Gebrauch zu machen, vor der Zahlung erklärt haben. Dann gilt eben die Zahlung nur als Kauf. Außerdem würde ſie die Forderung vernichten und die Ceſſion unmöglich machen". Puchta Vorleſ. §. 282. a. E., Rtslex. S. 641. cf. L. 76. D. de solut. 46. 3. Aber es kann auch in ſolchem Fall ſtillſchweigend als Abſicht des Zahlenden angenommen werden, daß er ſich den Rückanſpruch an den Schuldner erhalten wolle, ſeine Zahlung alſo nur als Kauf wirken ſolle. L. 36. D. de fideiuss. 46. 1. (§. 376. Anm. 2.).

[4] Die älteſte Spur ſolcher utiles actiones enthält L. 16. pr. D. 2. 14. in den Worten: „rescriptum est a Divo Pio, utiles actiones emtori hereditatis dandas". cf. L. 2. §. 8. D. h. t. 18. 4. Ueber die weitere Ausdehnung vgl. a) L. 1. Cod. 4. 10. (Gordian.). Data certae pecuniae quantitate ei, cuius meministi, invicem debiti actionem tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatam; et antequam eo nomine litem contestareris, sine herede creditorem fati munus implesse proponis. Quae si ita sunt, utilis actio tibi competit. cf. L. 33. Cod. de donat. 8. 54. b) L. 2. Cod. 4. 10. (Valer et Gallien.) Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit, nec litis contestatio subsecuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem eius, qui nomen emerit, dari oportere, saepe rescriptum est. Zugleich über das Verhältniß zur mandata actio: c) L. 8. Cod. h. t. 4. 39. (Dioclet. et Max.) Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis, secundum ea quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur. cf. *a*) L. 5. Cod. 4. 15. In solutum nomine dato non aliter nisi mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus eius debitores creditor experiri potest, suo autem nomine utili actione recte utetur. L. 18. Cod. cit. *β*) L. 5. Cod. h. t. (Alexander). Emtor hereditatis actionibus mandatis eo iure uti debet, quo is, cuius persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placuit. — Ueber die Erklärung dieſer Stellen und die materielle Gleichheit der utilis und mandata actio ſ. Mühlenbruch §. 16.

[5] Ueber die Anwendung dieſer Regel auf das Miethverhältniß? L. 32. D. locati. 19. 2. L. 58. eod. L. 53. pr. D. de act. emti. 19. 1. Mühlenbruch §. 18. 27. Glück XVIII. S. 26. fg.

B. Wirkung der Ceſſion.

§. 256.

Die Wirkung der Ceſſion beſtimmt ſich durch den doppelten Geſichtspunkt, daß es die Forderung des Cedenten iſt, deren

Ausübung dem Cessionar überlassen ist, und daß diese dem letzten nunmehr zu eigenem Vortheil als ein Recht zusteht.

Nach dem letzten Gesichtspunkt ist die Forderung nun als zum Vermögen des Cessionars gehörig zu betrachten [a], daher auch der Verfügung desselben unterworfen [b], so daß sie von ihm auch weiter an einen Dritten cedirt werden kann. Der Verfügung des Cedenten wird jedoch die Forderung erst dadurch ganz entzogen, daß dem Schuldner von der Cession Kunde gegeben wird [1]. Bis dahin kann der letzte mit voller Wirkung seinem bisherigen Gläubiger Zahlung leisten und so auch mit demselben andre die Forderung betreffende Rechtsgeschäfte eingehen [c]. Nachher aber kann er dem Cedenten nicht mehr rechtsgültig zahlen, noch sonst durch Rechtsgeschäfte mit diesem die Forderung beeinträchtigen, und wird andrerseits gegen dessen Ansprüche durch Einrede geschützt [d].

Aus dem ersten Gesichtspunkt ergibt sich, daß der Cessionar die Forderung ganz so, aber auch nur so, wie sie dem Cedenten zustand, geltend machen kann [e]; also einerseits mit den Vortheilen, welche derselben anhaften [f], auch wenn diese durch ein besonderes Recht des Cedenten [2] begründet sind [g], andrerseits aber auch mit den Beschränkungen, also insbesondere unter Zulassung der Einreden [3], welche dem Cedenten selbst als Gläubiger entgegenstanden [h], vorausgesetzt, daß deren rechtliche Begründung der Zeit vor Kundgebung der geschehenen Cession angehört [i]. Besondere persönliche Rechte des Cessionars können den Inhalt oder die Wirksamkeit der Forderung nicht zu dessen Vortheil ändern, wenn gleich solche in Beziehung auf deren Ausübung ihm zu statten kommen können [4].

Anm. [1] Man behauptet, die Benachrichtigung des Schuldners müsse durch den Cessionar geschehen, ausgenommen (nach L. 17. D. 2. 15.) beim Verkaufe der Erbschaft und der Restitution an den Universalfideicommissar. Mühlenbruch S. 494. Puchta im Rtslex. S. 655. Aber der letzte gibt doch zu, daß sie auch durch den Cedenten geschehen könne. Vgl. L. 28. D. de procurat. 3. 3. (§. 246. not. f.). Seuffert's Arch. III. 156. VI. 25. vgl. VII. 301. Angemessene nähere

[a] L. 23. §. 1. D. h. t. 18. 4. [b] L. 13. D. de pact. 2. 14. L. 17. §. 3. L. 18. D de iureiur. 12. 2. [c] L. 4. Cod. quae res pign. 8. 17. L. 3. Cod. de novat. 8. 42. cf. L. 17. D. de transact. 2. 15. [d] L. 16. pr. D. de pact. 2. 14. L. 18. pr. D. de pign. act. 13. 7. [e] L. 8. Cod. h. t. 4. 39. (§. 255. Anm. 4. c.). [f] L. 23. pr. D. h. t. 18. 4. L. 6. 7. Cod. de O. et A. 4. 10. L. 14. Cod. de fideiuss. 8. 41. cf. L. 6. D. h. t. L. 2. D. de cess. bon. 42. 3. [g] L. 24. pr. D. de minor. 4. 4. L. 43. D. de usur. 22. 1. L. 2. Cod. de his qui in prior. loc. 8. 19. [h] arg. L. 70 §. 2. D. ad Sc. Treb. 36. 1. L. 17. D. de transact. 2. 15. cf. L. 175. §. 1. L. 177. D. de R. J. [i] arg. L. 17. cit. (not. c. d.).

Bestimmungen enthält das Preuß. Landr. I. 11. §. 414...419., wo mit Recht der Benachrichtigung durch den Cedenten vorzüglich entscheidendes Gewicht beigelegt wird. — Ueber die Frage: welchem von mehreren Cessionaren der Vorzug gebühre, im Falle die Forderung jedem von ihnen zu verschiedener Zeit abgetreten worden ist? vgl. noch insbesondere Schäffer im Arch. f. pract. Rtsw. I. 3. S. 149. fg.

[3] Streitig: inwiefern ein privilegium exigendi personae des Cedenten dem Cessionar nütze? Mühlenbruch S. 566. fg. Dagegen Puchta S. 657. Bang. III. S. 128. arg. L. 68. D. de R. J. L. 42. D. de adm. tut. 26. 7. Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem iudex condemnavit: in rem suam iudicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur; non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem. — Nicht darauf, sondern auf das privilegirte Pfandrecht bezieht sich L. 7. Cod. de priv. fisci. 7. 73. — Vgl. Preuß. Landr. I. 11. §. 403. „Auch besondere Vorrechte, welche der cedirten Forderung in Rücksicht ihrer Natur und Beschaffenheit beigelegt sind, gehen, selbst ohne ausdrückliche Uebertragung, auf den neuen Inhaber mit über." §. 404. „Dahin gehören auch solche Vorrechte, welche der Forderung selbst, in Rücksicht auf die persönliche Eigenschaft ihres ersten Inhabers, zukommen; nicht aber bloße persönliche Befugnisse, welche, wie die Vorrechte des Fiscus wegen des Gerichtsstandes und der Sportelfreiheit, blos bei Gelegenheit der cedirten Forderung von dem vorigen Inhaber ausgeübt werden konnten".

[3] Anwendung a) auf die exceptio doli? bestritten noch von Mühlenbruch in der 2. Aufl. S. 568. fg., sofern nicht der Dolus des Cedenten in unmittelbarer Verbindung mit dem Grunde des Forderungsrechts stehe, oder der Cessionar die Forderung ex causa lucrativa erhalten habe: arg. L. 4. §. 17. 28. 29. D. de doli m. exc. 44. 4. (womit zu vgl. Gai II. 34. 35. III. 85.). Anders derselbe in der 3. Aufl. S. 598. fg., vgl. Bang. §. 575. Anm. 1. b) auf die exceptio pacti de non petendo in personam? von demselben ebenfalls noch bestritten in der 2. Aufl. S. 571.; dagegen in der 3. Aufl. S. 599. c) auf die Einrede der Competenz? für die Fälle in §. 225. Anm. 2. bestritten von Mühlenbruch S. 591. Puchta im Rtslex. S. 662.; dagegen Bang. §. 575. Anm. 1. a. E. e) auf blos proceßualische Einreden? dagegen Bang. a. a. O. u. a.; vgl. überhaupt noch Francke im civ. Arch. XVI. 15. e) Verzicht des Schuldners auf seine Einreden: stillschweigender im Fall der Zuziehung zur Cession? „An sich kann seiner Zuziehung nur dann diese Wirkung beigelegt werden, wenn sein Schweigen außerdem als Betrug qualificirt werden müßte". Puchta Vorles. I. S. 125. f) Zulässigkeit einer Widerklage gegen den Cessionar aus einem Recht gegen den Cedenten? L. 33. §. 5. L. 34. 70. D. de procurat. 3. 3.? Mühlenbruch §. 62. Puchta im Rtslex. S. 663.

[4] Ausnahme für den Fiscus, nach L. 6. pr. D. de iure fisci. 49. 14. cf. L. 17. §. 6. D. de usur. 22. 1.? Mühlenbruch §. 58. Puchta a. a. O. S. 661. fg. Bang. §. 575. Anm. 2. a. E. Vgl. Preuß. Landr. I. 11. §. 405. „Der Cessionarius kann sich seiner persönlichen Vorrechte gegen den Schuldner so wenig, als gegen die übrigen Gläubiger desselben bedienen." §. 406. „Es kommen

also auch dem Fiscus, Kirchen, milden Stiftungen und anderen privilegirten moralischen Personen, welche von anderen Privatpersonen Forderungen an sich lösen, in Ansehung derselben diejenigen Vorrechte nicht zu, welche die Gesetze den ihnen selbst ursprünglich zustehenden Forderungen und Gerechtsamen beilegen."

§. 257.

Die Rechte und Verbindlichkeiten des Cedenten und Cessionars gegeneinander bestimmen sich durch die Natur und den Inhalt des Rechtsgeschäfts oder Rechtsverhältnisses, welches den Grund der Cession enthält (§. 255.). Davon hängt insbesondere ab, ob der Cedent dem Cessionar für die Richtigkeit der Forderung hafte, verum nomen esse, und für deren Klagbarkeit? ob auch für die Güte derselben, bonum nomen esse? Das letzte ist in der Regel nicht der Fall; das erste dagegen ist regelmäßig der Fall bei freiwilligen Cessionsgeschäften gegen eine Gegenleistung [a]. Uebrigens bewirkt die Cession an sich im Allgemeinen nur, daß der Cedent die Geltendmachung der Forderung durch den Cessionar nicht hindern kann [b], vielmehr der Regel nach (nisi aliud actum est) auch die ihm zu Gebote stehenden Hülfsmittel dem Cessionar gewähren [c], und, was er etwa später noch vom Schuldner erhält, jenem herausgeben muß [d].

C. Beschränkungen der Cession.

§. 258.

1) Rücksichtlich der Zulässigkeit.

Nach der Natur der Sache muß die Cession einer Forderung unzulässig sein, insofern deren Ausübung durch den Cessionar gar nicht oder nicht ohne Aenderung ihres Inhalts möglich ist, weil es bei der Leistung auf die Person des Empfängers ankommt [1]; desgleichen sofern die Forderung nur eine rein persönliche Genugthuung des Gläubigers bezweckt, welchen Charakter sie durch Ueberlassung derselben an einen Andern verlieren würde [2]. Außerdem ist in gewissen Fällen die Cession von Forderungen durch besondere gesetzliche Bestimmungen für unzulässig erklärt [3].

Anm. [1] Dahin gehören z. B. die Retractsklagen des deutschen Rechts, sofern sie eine besondere Eigenschaft des Gläubigers voraussetzen; sodann Forderungen

[a] L. 4. 5. D. h. t. 18. 4. L. 74. §. 3. D. de evict. 21. 2. cf. α) L. 10...12. D. h. t. β) L. 18. §. 3. D. de donat. 39. 5. γ) L. 75. §. 1. 2. D. de legat. I. δ) L. 31. pr. D. de act. emti. 19. 1. [b] L. 28. 55. D. de procurat. 3. 3. [c] L. 6. 14. pr. 23. pr. D. h. t. 18. 4. [d] L. 23. §. 1. eod.

auf Dienſtleiſtungen, die ſich an die Perſon knüpfen, arg. L. 9. §. 1. D. de op. lib. 38. 1.; die Forderung auf Beſtellung einer perſönlichen Servitut. Doch ſteht nichts im Wege, die Klage auf Beſtellung des Nießbrauchs in der Art abzutreten, daß dieſer für den eigentlichen Gläubiger beſtellt, die Ausübung deſſelben aber ſofort dem Ceſſionar eingeräumt werde.

[2] Es ſind dies die ſog. actiones vindictam spirantes (§. 104. Anm. 1.). Die Unzuläſſigkeit ihrer Ceſſion iſt zwar nicht geſetzlich ausgeſprochen, daher auch nicht unbeſtritten. Aber vgl. Mühlenbruch §. 26. — Nach R. R. konnten auch Popularklagen nicht cedirt werden, da ſie jedem Bürger als ſolchem, keinem (ante litem contestatam) als beſonderes Recht zuſtanden. L. 5. 7. §. 1. D. de pop. act. 47. 23. §. 100. a. E.

[3] Dahin gehört a) das Verbot der Ceſſion an eine einflußreichere Perſon, in der Abſicht, den Schuldner durch Vorſchiebung des mächtigeren Gegners in eine nachtheiligere Lage zu verſetzen. L. 1. 2. Cod. ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare vel actiones in se transferre. 2. 14. Vgl. Seuffert §. 299. not. 1. „Das Verbot . . . möchte heutzutage, wo Gleichheit vor dem Geſetze beſteht, nicht mehr anwendbar ſeyn"; jedenfalls nicht mehr angemeſſen. Ungegründet aber iſt die Behauptung (Mühlenbruch §. 30.), daß das Geſetz ſich nur auf ſimulirte Ceſſionen beziehe. Puchta im Rtslex. S. 646. b) „die wunderliche, in der Praxis ſehr häufig nicht mehr beachtete Vorſchrift der Reichsgeſetze, daß ein Jude ſeine Forderung gegen einen Chriſten nicht an einen andern Chriſten cediren dürfe", (Bang. §. 574. Anm. 2.), RA. v. 1551. §. 79. RPO. v. 1577. XX. §. 4., die gewiſſermaßen unter den Geſichtspunkt von a fällt. c) das Verbot der Ceſſion einer Forderung gegen den Mündel an den Vormund, ſelbſt nach Beendigung der Vormundſchaft, vorausgeſetzt, daß die Forderung ſchon früher entſtanden war; nov. 72. cap. 5. (nicht eben ſo der gegen eine juriſtiſche Perſon an deren Geſchäftsführer). d) das Verbot der Ceſſion ſtreitiger Forderungen. L. 3. 4. Cod de litigiosis. 8. 37. §. 113. Anm. 4. h. — Im letzten Falle iſt die Ceſſion nichtig, in den Fällen a ... c. hat ſie Befreiung des Schuldners zur Folge, ſelbſt quoad naturalem obligationem. Vgl. Puchta im Rtslex. S. 645. fg. Bang. a. a. O. gegen von der Pfordten, de obligationis civilis in naturalem transitu. Lips. 1840. pag. 40. und Mühlenbruch §. 32., welcher letzte aber (§. 30. 34.) in den Fällen a. b. die Forderung dem Fiscus zuſpricht.

[4] Als unzuläſſig pflegt man noch anzuführen a) die Ceſſion einer Forderung gegen den Sohn an den Vater, und umgekehrt, arg. L. 7. D. de O. et A. 44. 7. L. 4. D. de iud. 5. 1. b) die Ceſſion einer acceſſoriſchen Forderung ohne die Hauptforderung. Dagegen Bang. a. a. O. vgl. Sint. §. 128. not. 29. 39.

§. 259.

2) Rückſichtlich der Wirkung.

Eine beſondere Beſchränkung iſt durch eine Verordnung von Kaiſer Anaſtaſius (lex Anastasiana [a]), ergänzt durch eine Ver-

[a] L. 22. Cod. mandati. 4. 35. (Imp. Anastasius Eustathio p. p.).

ordnung von Justinian [b], für den Kauf von Forderungen eingeführt worden [1]. Der Cessionar, der es durch Kauf geworden ist, soll nur diejenige Summe einklagen können, die er als Preis für Abtretung der Forderung gezahlt hat, mit Zurechnung landesüblicher Zinsen [c], und zwar auch dann nicht mehr, wenn ihm nur ein Theil der Forderung verkauft, der andere geschenkt, oder der ganze Kauf unter scheinbarer Schenkung versteckt ist [d]. In Ansehung des Restes ist die Forderung kraft des Gesetzes getilgt [e]; daher kann auch der zweite Cessionar nicht mehr fordern, als sein Cedent gezahlt hatte [2]. Den Beweis, wie viel er gezahlt habe, muß der Cessionar führen, wenn der Kauf als Cessionsgrund feststeht [3].

Nach ausdrücklicher Bestimmung findet das Gesetz keine Anwendung auf Cessionen zum Zweck der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft, auf die Abtretung der Forderung an Zahlungsstatt oder zu Gunsten des Pfandbesitzers, der den Gläubiger abfindet [f]; Fälle, in denen besondere Umstände die Cession veranlassen. Nach der Natur der Sache und der Absicht des Gesetzes ist dasselbe auch unanwendbar auf Forderungen, deren Gegenstand nicht Geld ist, oder die nicht als einzelne, sondern nur als zu einer Gesammtheit gehörig in dieser gekauft sind, sodann auf solche Forderungen, die ihrer Natur nach bestimmt sind, Gegenstand des Handelsverkehrs zu werden (Wechselforderungen, Staatsobligationen u. dgl.), sowie auf Forderungen von gewagter Natur, welche von Anfang an auf einen ungewissen Gegenstand gehen.

Anm. [1] Ueber das Gesetz überhaupt, dessen Gründe und Zweckmäßigkeit, vgl. Mühlenbruch §. 53. Puchta im Rtslex. S. 647. fg.

[2] Gegen die abweichende Meinung von Arnold, prakt. Erörtr. I. 13., vgl. Puchta §. 285. not. l. Seuffert Arch. II. 31. — Neuerdings aber ist von Mehreren wieder die Meinung vertheidigt, daß der Rest der Forderung nur im Falle der L. 23. Cod. l. c. (not. d.) getilgt sey, sonst dem Cedenten verbleibe. Unterholzner I. S. 510. Brackenhöft im civ. Arch. XXIII. 6. Herrmann das. XXXI. 3. Dagegen Bang. §. 576. Anm. 1. — Ob eine naturalis obligatio übrig bleibe? von der Pfordten l. c. Unterholzner S. 511. Dagegen Bang. §. 576. Anm. 2. — Verzicht auf die exceptio legis Anastasianae? Seuffert's Arch. II. 30.

[3] So die herrschende Meinung, dem Zweck des Gesetzes entsprechend. Puchta im Rtslex. S. 641. Bang. a. a. O. Seuffert §. 303. und dessen Arch. I. 29. (Plenarbeschluß des OAGerichts in München vom 20. April 1843.). — Abweichende Ansichten: a) der Schuldner habe zu beweisen, wie viel weniger der Cessionar

[b] L. 23. Cod. eod. (Imp. Justinianus A. Joanni p. p.). [c] L. 22. cit. [d] L. 23. cit. [e] L. 23. §. 1. cit. [f] L. 22. in f. l. c.

gezahlt habe, neuerdings vertheidigt von Burchardi im civ. Arch. XVIII. 8. b) dem Schuldner liege der Beweis nur ob, wenn er nach L. 23. cit. theilweiſe Tilgung der Schuld behauptete, dem Ceſſionar, um ſich nach L. 22. cit. zur Klage auf das Ganze zu legitimiren. Brackenhöft und Herrmann a. a. O. Gegen beide Bang. a. a. O. — Beweiskraft einer Empfangsbeſcheinigung des Cedenten? Seuffert a. a. O. (Motive zu dem angeführten Plenarbeſchluß).

VI. Aufhebung der Obligationen [a].

§. 260.

Die Obligatio wird ihrer Natur nach vor allem durch die Befriedigung der Forderung des Gläubigers aufgehoben, alſo durch Erfüllung, Zahlung (§. 218.), oder was dieſer gleich wirkt. Aber außerdem kann die Obligatio noch auf verſchiedene Art theils mit, theils ohne Willen des Gläubigers aufgehoben werden, bald ipso iure bald ope exceptionis (§. 217.). Die Aufhebung bewirkt für den Schuldner Befreiung von der Schuld, und dieſe iſt für denſelben der Aufhebung gleich. Bei der Theilnahme mehrerer Perſonen aber an einem und demſelben Schuldverhältniß iſt es möglich, daß für einen Schuldner Befreiung eintrete, ohne daß die Obligatio überhaupt aufgehoben würde (§. 213.).

A. Durch Zahlung.

§. 261.

Zahlung, solutio [a], d. i. die in der Abſicht, die Verbindlichkeit zu erfüllen [b], geſchehende Leiſtung des Gegenſtandes der Obligatio (§. 219.), an den zum Empfang fähigen Gläubiger oder deſſen befugten Stellvertreter [c], oder an denjenigen [d], welchem zahlen zu dürfen bei der Begründung der Obligatio der Schuldner ermächtigt worden iſt [1] (solutionis causa adiectus), hebt die Obligatio vollſtändig auf, auch wenn ſie durch einen Andern, als den Schuldner ſelbſt, geſchieht [e]. Kann die Zahlung dem Gläubiger nicht oder doch nicht mit Sicherheit geleiſtet werden, ſo kann ſich der Schuldner durch gerichtliche Hinterlegung des Schuldgegen-

[a] Inst. quibus modis obligatio tollitur. 3. 29.
[b] Dig. de solutionibus et liberationibus. 46. 3. Cod. 8. 43. [b] L. 55. D. h. t.
[c] L. 12. pr. §. 2. 4. L. 14. 15. L. 38. §. 1. L. 86. D. h. t. [d] L. 9. pr. 10. 12. §. 1. 3. L. 38. pr. L. 59. 71. pr. L. 95. §. 6. L. 106. D. h. t. L. 56. §. 2. L. 141. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 23. D. de fideiuss. 46. 1. [e] L. 23. 40. 53. D. h. t. (§. 219. not. c.).

ſtandes [2] befreien [f], unter Umſtänden ſelbſt ohne dieſe der zu leiſtenden Sache ſich entledigen [g].

Hat der Zahlende mehrere Schulden an den Empfänger zu berichtigen, ſo kann er beliebig beſtimmen, für welche derſelben die Zahlung gelten ſolle [h]; unterläßt er es, ſo kann ſofort der Gläubiger die Beſtimmung treffen, jedoch, wenn der Schuldner nicht zuſtimmt, nur mit Rückſicht auf das, was für dieſen das Vortheilhaftere iſt [i]. Außerdem iſt eine Zinsſchuld vor der Hauptſchuld, ſodann die fällige vor der nicht fälligen, ferner die für den Schuldner läſtigere vor der weniger läſtigen, und von den in dieſer Hinſicht gleichen die ältere vor der jüngern als bezahlt anzunehmen [k]; wo aber keine dieſer Rückſichten entſcheidet, iſt die Zahlung auf alle nach Verhältniß anzurechnen [l]. Verſchafft ſich der Gläubiger die Bezahlung durch Verkauf eines für mehrere Forderungen beſtellten Pfandes, ſo rechnet er die Zahlung zuerſt auf die Zinſen ab, ſodann auf die Hauptforderungen nach ſeiner Wahl, ſelbſt nicht klagbare [m], jedoch, wenn für mehrere Forderungen gleichzeitig das Pfand beſtellt war, auf jede nach Verhältniß [n].

Anm. [1] Ueber den solutionis causa adiectus ſ. Brandis im Rh. Mus. V. 11. Derſelbe iſt dem Gläubiger regelmäßig als Mandatar verpflichtet, ihm das Empfangene herauszugeben. §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 131. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 98. §. 5. D. h. t. Erleidet er eine Veränderung in ſeiner perſönlichen Stellung, die den Gläubiger gefährdet, ſo ſoll ihm der Schuldner nicht mehr zahlen. L. 38. pr. L. 95. §. 6. D. h. t. L. 56. §. 2. D. de V. O.

[2] Die Depoſition muß eine unbedingte ſeyn und den ganzen Schuldgegenſtand begreifen, wenn nicht der Gläubiger wider Willen auch theilweiſe Zahlung ſich gefallen laſſen muß. Seuffert §. 284. not. 3. Seuffert's Arch. I. 34. II. 158. Wird das Deponirte zurückgenommen, ehe der Gläubiger es empfangen, ſo wird die Wirkung der Depoſition wieder aufgehoben. L. 19. in f. Cod. de usur.

§. 262.

Die geſchehene Zahlung hat zu beweiſen, wer ſich darauf beruft [a]. Um ſich ein Beweismittel zu verſchaffen, kann der Schuldner die Zahlung zurückhalten, wenn ihm nicht eine Urkunde über

[f] L. 9. Cod. h. t. L. 7. §. 2. D. de minor. 4. 4. L. 18. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 6. 19. Cod. de usur. 4. 32. L. 8. Cod. de distr. pign. 8. 28. cf. L. 41. §. 1. D. de usur. [g] L. 1. §. 3. D. de peric. 18. 6. [h] L. 1. L. 101. §. 1. L. 102. §. 1. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. [i] L. 1...3. pr. D. h. t. cf. L. 5. §. 3. eod. [k] L. 3. §. 1...L. 5. pr. §. 2. L. 97. 103. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. [l] L. 8. D. h. t. [m] L. 5. §. 2. L. 101. §. 1. D. h. t. L. 35. pr. D. de pign. act. 13. 7. [n] L. 96. §. 3. D. h. t.

[a] §. 114. not. k.

deren Empfang ausgestellt wird [b], Quittung [1], apocha [c]. Eine Quittung hat aber der Regel nach erst nach Ablauf von 30 Tagen seit ihrer Ausstellung Beweiskraft [d]; bis dahin kann diese durch querela non numeratae (non solutae) pecuniae beseitigt werden [2]. Bei einer Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen begründen die Quittungen [e] über die drei zuletzt fällig gewordenen eine Vermuthung für die Berichtigung der früher fälligen Leistungen [3]. Eine Vermuthung für die Zahlung oder anderweitige Tilgung der Schuld wird auch durch die Rückgabe des Schuldscheins an den Schuldner [f], sowie durch solche Aenderungen an demselben, wie sie zum Zeichen der Tilgung der Schuld vorzukommen pflegen [g], begründet [4].

Anm. [1] Ueber die Verbindlichkeit, eine Quittung auszustellen: Linde in der Ztschr. I. S. 244. fg. Seuffert's Arch. I. 330. — Eine überaus ängstliche Vorschrift hat Justinian in Betreff des Zeugenbeweises für Zahlung einer urkundlich bekannten Schuld erlassen; er soll nur durch fünf vollkommen glaubwürdige bei der Zahlung oder dem mündlichen Empfangbekenntniß zugezogene Zeugen geführt werden können. L. 18. Cod. de test. 4. 20. nov. 90. cap. 2. Diese Vorschrift aber, obwohl noch von Linde a. a. O. S. 241. fg. als zweckmäßig vertheidigt („was jedoch erhebliche Bedenken gegen sich haben dürfte", Bayer Prozeß S. 463), wird nach der Behauptung der Meisten heutzutage nicht beachtet. Gesterding im civ. Arch. IV. 4. Vgl. jedoch Holzschuher II. 2. S. 170.

[2] Ausgenommen von dieser Beschränkung sind a) nach gesetzlicher Bestimmung: Quittungen über öffentliche Abgaben. L. 14. §. 1. cit. L. 4. Cod. de apoch. publ. 10. 22. b) nach der Natur der Sache: α) öffentliche Urkunden, welche die Zahlung als vor der beglaubigenden Autorität geschehen bezeugen, Sint. §. 103. not. 90.; nicht alle Quittungen, die öffentliche Urkunden sind (Puchta §. 287.), auch nicht, wenn sie ein vor der öffentlichen Behörde abgelegtes Empfangsbekenntniß enthalten (Fritz Erläutr. II. S. 394.). β) Urkunden, die ein Bekenntniß enthalten, daß die Zahlung bereits in einem frühern näher angegebenen Zeitpunkt geschehen sey. Unterholzner I. S. 477. not. e. Auch spätere Anerkennung der Quittung schließt die Anwendung der Regel aus. arg. L. 4. Cod. de non num. pec. — Ob nach Ablauf der Frist noch Gegenbeweis zulässig? Puchta §. 287. not. w. „Ein sehr verbreiteter Irrthum legt der Quittung nach Ablauf der Frist mehr als Beweiskraft bei." Jedoch: Illud videlicet semper observando, ut in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere, vel ab initio vel post taxatum tempus elapsum, in his nec iusiurandum offerre liceat. L. 14. §. 3. Cod. l. c.

[3] Die sonst allgemein angenommene Ausdehnung dieser Rechtsvorschrift auf

[b] arg. L. 22. D. de usur. 22. 1. L. 18. Cod. de testib. 4. 20. [c] L. 19. §. 1. D. de acceptil. 46. 4. [d] L. 14. §. 1. 2. Cod. de non num. pec. 4. 30. [e] L. 3. Cod. de apochis publ. 10. 22. [f] L. 2. §. 1. D. de pact. 2. 14. L. 14. 15 Cod. h. t. 8. 43. §. 64. not. d. [g] L. 24. D. de probat. 22. 3.

Privatquittungen ist in neuerer Zeit von einigen Verehrern des Gesetzeswortes bestritten. Sint. §. 103. not. 93. Mit Recht macht man dagegen das argumentum a maiori ad minus geltend. Seuffert's Arch. I. 334. Uebrigens vgl. Gesterding im civ. Arch. IV. 3. Bülow Abh. II. 21.

[4] Darüber Buchner und Hoffmann im Arch. f. prakt. Rtsw. I. 3. S. 111. fg.

§. 263.

Eine Leistung kann, wenngleich sie an sich nicht die Eigenschaften einer eigentlichen und wirksamen Zahlung hat, dennoch gleich dieser die Aufhebung der Obligatio wirken, wenn und soweit durch deren Erfolg in der That doch dem Gläubiger zugekommen ist, was ihm gebührt [a]. So z. B. wenn wegen mangelnder Veräußerungsbefugniß des Zahlenden unmittelbar dem Gläubiger das Gegebene nicht sicher gewährt, durch andere Umstände aber dieser Mangel des Erfolgs für ihn beseitigt wurde [b]; sodann wenn dem Erblasser des Gläubigers gezahlt worden ist [c], oder dem Gläubiger des Gläubigers, vorausgesetzt, daß dieses nicht dem rechtlichen Interesse des letzten zuwider geschehen [d], oder dem Geschäftsführer (negotiorum gestor) desselben [e], falls durch diesen die Zahlung dem Gläubiger zu Gute kommt oder von diesem genehmigt wird.

Anm. L. 61. D. h. t. In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit, et tibi nihil absit, nec quod solutum est, repeti possit, competit liberatio. — L. 6. D. de doli exc. Si opera creditoris acciderit. ut debitor pecuniam, quam soluturus erat, perderet, exceptione doli mali creditor removebitur. Idem est et si creditori eius numeratam pecuniam ratam creditor non habeat. Müller im civ. Arch. XV. 12. Bang. III. §. 582. Sint. §. 103. not. 75.

B. Durch Compensation [1].

§. 264.

Wenn der Schuldner zugleich gegen seinen Gläubiger eine Forderung gleichartigen Inhalts hat, so ist eine abgekürzte gänzliche oder theilweise Zahlung durch Aufrechnung beider Forderungen gegeneinander möglich [a], Compensation [2]. Diese kann mit beiderseitiger Einwilligung natürlich immer stattfinden [b]. Der Schuldner kann aber, vom Gläubiger belangt, auch wider dessen Willen seine

[a] L. 61. D. h. t. 46. 3. [b] L. 19. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. L. 14. §. 8. D. h. t. 46. 3. L. 17. eod. L. 60. eod. [c] L. 11. §. 5. D. de pign. act. 13. 7. cf. L. 96. §. 4. D. h. t. [d] L. 6. D. de doli m. exc. 44. 4. [e] L. 34. §. 4. L. 58. pr. D. h. t. cf. L. 28. 34. §. 9. eod.

[1] Dig. de compensationibus. 16. 2. Cod. 4. 31. [2] L. 4. D. qui pot. 20. 4. L. 76. D. de V. S.

Gegenforderung in Aufrechnung bringen [3], wenngleich dieſelbe aus einem andern Rechtsverhältniß als die Forderung des Gläubigers (ex dispari causa [c]) entſtanden iſt [4], und ſelbſt auf Rechtsanſprüche, die mittels dinglicher Klagen ſich ergeben, ſoll dieſes Anwendung finden [d]. Erforderlich aber iſt dazu 1) das Daſeyn einer nicht durch Exceptio entkräfteten, wenigſtens als naturalis obligatio [5] wirkſamen Gegenforderung [e], welche 2) dem Belangten ſelbſt [f], ſey es auch durch Ceſſion [g], oder auch, wenn er als Bürge belangt iſt, dem Hauptſchuldner [h], oder demjenigen, der als Mitſchuldner jenem regreßpflichtig iſt [i], gegen dieſen Kläger oder auch, aus älterem Rechtsgrunde [k], gegen deſſen Cedenten zuſteht [6]; ſodann 3) Gleichartigkeit des Gegenſtandes [l] der Forderung und Gegenforderung [7] und 4) gleiche Fälligkeit der Gegenforderung wie der Forderung [m]. Außerdem ſoll die Gegenforderung, wenn ſie nicht aus demſelben Rechtsverhältniß (ex eadem causa) herrührt, 5) auch liquide ſeyn [n], d. h., die Verwirklichung der klargeſtellten Forderung des Klägers ſoll nicht gehemmt werden durch die Rückſicht auf eine vorgeſchützte Gegenforderung, zu deren Feſtſtellung noch eine weitausſehende Verhandlung erforderlich wäre [8].

Anm. [1] Ueber die ältere Literatur dieſer Lehre ſ. Glück XV. S. 59. fg. Dazu: Haſſe, über die Compenſation und ihre Liquidität, im civ. Arch. VII. 9. Bethmann-Hollweg zur Lehre v. d. Compenſ. im Rh. Muſ. I. S. 257. fg. Krug, die Lehre v. d. Compenſ. Leipz. 1833. Hartter, das röm. deutſche Rt der Comp. München 1837. Tellkampf im civ. Arch. XXIII. 14. Krug daſ. XXV. S. 211. fg. Sintenis, von der proceſſualiſchen Natur der Compenſ., in Linde's Ztſchr. XVIII. 1. Hartter daſ. XIX. 6. Brinz, d. Lehre von der Compenſation. Leipzig 1849. Scheurl Beitr. Nr. 7. Dernburg, d. Compenſation nach R. R. mit Rückſicht auf die neuern Geſetzg. Heidelb. 1854.

[2] L. 1. D. h. t. Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. L. 76. D. de V. S. Dedisse intelligendus est etiam is, qui permutavit vel compensavit.

[3] L. 2. D. h. t. (Julian.) Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare. cf. L. 12. Cod. h. t. Den Grund dafür gibt L. 3. eod. (Pompon.) an: Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum

[c] Pauli sentt. II. 5. §. 3. §. 30. J. de action. 4. 6. cf. L. 10. §. 2. 3. D. h. t. [4] L. 14. pr. Cod. h. t. §. 30. J. cit. [d] L. 6. 14. D. h. t. cf. L. 9. pr. eod. — L. 2. Cod. h. t. L. 8. D. eod. [e] L. 18. §. 1. D. h. t. L. 9. Cod. h. t. cf. L. 16. pr. L. 23. D. h. t. [f] L. 18. pr. D. h. t. [g] L. 4. 5. D. h. t. [h] L. 10. D. de duob. reis. 45. 2. [i] §. 256. not. k. [k] arg. L. 1. D. h. t. L. 4. Cod. h. t. L. 22. D. h. t. [l] L. 7. pr. D. h. t. cf. L. 16. §. 1. eod. — L. 15. eod. [m] L. 14. §. 1. Cod. h. t. (Justinian.) §. 30. J. cit.

repetere, und L. 173. §. 3. D. de R. J. oder L. 8. pr. D. de doli exc. 44. 4. (Paul.): Dolo facit, qui petit quod redditurus est. Die letzte Stelle, glaubt Brinz S. 47., sey nicht auf das Verhältniß compensabler Gegenforderungen zu beziehen, sondern durch L. 8. §. 1. cit. zu erklären: Sic si heres damnatus sit *non petere a debitore*, potest uti exceptione doli mali debitor et agere ex testamento. Aber dies ist keine passende Anwendung des Satzes im §. pr., da hier umgekehrt eine Verpflichtung zum Zurückgeben (condictio indebiti) nur daraus abzuleiten wäre, weil der Empfänger petendo dolo fecisset. Das *agere ex testamento* geht nicht auf Zurückgeben, sondern auf vollständige Befreiung durch Acceptilatio. L. 7. §. 1. D. de lib. leg. 34. 3. „*Petit quod redditurus est*" konnte Paulus allerdings, „genau gesprochen," auch von demjenigen sagen, welcher dieselbe Quantität zurückzugeben schuldig ist, weil bei vertretbaren Sachen tantundem = idem ist. L. 2. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. L. 3. cit. Dernburg S. 187. fg.

[4] In §. 39. J. de action. 4. 6. sind die Worte „habita ratione eius, quod invicem actorem *ex eadem causa* praestare oportet, in reliquum .. condemnare" nach Gai. IV. 61., wo nur von der Compensation in bonae fidei iudiciis die Rede ist, nachgeschrieben, während doch nach §. 30 J. eod. das „ex eadem causa" nicht wesentlich ist.

[5] L. 6. D. h. t. Etiam quod natura debetur, venit in compensationem. In allen Fällen? Christiansen von der naturalis obl. S. 138. Sint. §. 82. not. 19. §. 104. not. 26. 27. Dernburg S. 437. fg. — Ueber L. 8. D. h. t. In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur: vgl. Sint. not. 28. Dernburg S. 457. fg.

[6] *Ex persona tertii compensatio fieri nequit.* Sint. not. 7. fg. Dernburg S. 357. fg. Eine Beschränkung dieser Regel enthält auch noch L. 9. D. h. t. Si cum filiofamilias aut servo contracta sit societas, et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus, quamvis, si ageremus, duntaxat de peculio praestaretur. §. 1. Sed si cum filiofamilias agatur, an, quae patri debeantur, filius compensare possit, quaeritur. Et magis est admittendum, quia unus contractus est; sed cum conditione, ut caveat, *patrem suum ratum habiturum*, id est, non exacturum, quod is compensaverit. Dies ist aber nur auf Gegenforderungen ex eadem causa zu beziehen. Sint. not. 24. Dernburg S. 409. fg. Ueber Compensation im Concurse vgl. Bayer Concursproc. §. 33. Sint. not. 16 ... 21. Seuffert's Arch. II. 117. — Besondere Bestimmung: L. 1. Cod. h. t. Et Senatus censuit et saepe rescriptum est, compensationi in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat, quae petit. Atque hoc iuris propter confusionem diversorum officiorum tenaciter servandum est.

[7] Paul. II. 5. §. 3. Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur: velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut cetera huiusmodi, licet ex diverso contracta. compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo causa cadis. Gai IV. 66. ... in compensationem hoc solum vocatur, quod eiusdem

generis et naturae est, veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino. Im Juſtinianiſchen Recht wird dieſes Erforderniß ſtillſchweigend vorausgeſetzt, z. B. in L. 4. Cod. h. t. „si constat, pecuniam invicem deberi“, als im Begriff ſelbſt gegeben, L. 1. D. h. t. Eine Folgerung daraus enthält L. 22. D. h. t., wornach bei einer alternativen Forderung Compenſation nur ſtattfindet, wenn der wahlberechtigte Gegner ſich für den gleichartigen (compenſabeln) Gegenſtand entſchieden hat. Nicht widerſprechend iſt, daß nach not. d. auch bei dinglichen Klagen Compenſation zuläſſig ſeyn ſoll; denn auch dieſe können in ihrem Erfolg auf Geldzahlung gehen, ja geradezu darauf gerichtet ſeyn, z. B. die Eigenthumsklage gegen den fingirten Beſitzer (§. 167.), die Erbrechtsklage gegen den Schuldner der Erbſchaft (L. 13. §. 15. D. de her. pet. 5. 3.). — Verſchieden von der Compenſation iſt die Retention, die wegen ungleichartiger (connexer) Gegenanſprüche ſtattfinden kann (§. 102. a. E.); ſie bewirkt nicht Tilgung der Forderung, ſondern nur Aufſchub ihrer Erfüllung, zur Sicherung des Gegenanſpruchs. — Eine andere Anſicht jedoch vertheidigt mit Scharfſinn Brinz a. a. O. S. 54. fg., S. 110. fg., S. 142. fg. Darnach ſoll L. 14. Cod. h. t. unter dem Namen der Compenſation allgemein das Recht eingeführt haben, jeder Klage jede Art von Gegenanſprüchen, ohne Rückſicht auf par species und Connexität vertheidigungsweiſe, doch ohne doli exceptio, entgegenzuſetzen und ſo gleichzeitig deren Anerkennung und Durchſetzung herbeizuführen. Juſtinian hätte alſo ein eigenthümliches Gemiſch von Compenſation, Retention und Widerklage geſchaffen, unter einem Ausdruck, der doch im Juſtinianiſchen Rechte ſelbſt einen beſtimmten Sinn hat? Der Erklärungsverſuch ſcheint nicht gelungen; in dem Satze des Textes würde er jedenfalls nichts ändern, da eine Compenſation im eigentlichen Sinn als Tilgungsart einander gegenüberſtehender Forderungen nach der Natur der Sache doch nicht ſtattfindet, wo nicht Gleichartigkeit des Gegenſtandes, ſey es urſprünglich oder vermöge der Zurückführung auf den Geldeswerth, vorhanden iſt; er würde nur den neuen Satz ergeben, daß man durch jeden Gegenanſpruch, ſoweit er nicht durch Compenſation aufgehoben wird, auch ohne Widerklage, Verurtheilung des Klägers, wie in einem iudicium duplex, herbeiführen könne: proceſſualiſch ein bedenklicher Gewinn, civilrechtlich nur inſofern bedeutend, als Jemand behaupten möchte, daß darnach ſogar eine naturalis obligatio „vertheidigungsweiſe“ zur Verurtheilung des Klägers führen könne. Vgl. noch Sav. VI. §. 289. 290. Dernburg S. 358. fg. 404. fg.

[e] *Liquidi cum illiquido nulla est compensatio.* — L. 14. §. 1. cit. Judices . . . non procliviores ad admittendas compensationes existant, . . . sed iure stricto utentes, si in venerint eas maiorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alio iudicio reservent, litem autem pristinam iam pene expeditam sententia terminali componant. Dernburg S. 463. fg. — Viele nehmen, in Uebereinſtimmung mit der ſeit langer Zeit vorherrſchenden Praxis, von dieſer Vorſchrift Umgang, wenn nur die illiquide Einrede der Compenſation zu rechter Zeit, d. i. zugleich mit der Litiscontestation, vorgeſchützt ſey. Donell. ad. L. 14. cit. Krug §. 89. Seuffert §. 287. not. 19. 20. u. a. Dernburg S. 476. fg. Seuffert's Arch. I. 366. Dagegen jedoch, mit Haſſe und Bethmann-Hollweg a. a. O., Puchta §. 289. Vang. III. §. 618. Anm. 2. Sint.

§. 104. not. 42. u. a. Seuffert's Arch. V. 128. vgl. II. 163. — Nach Brinz S. 151. fg. soll sich diese Vorschrift gar nicht auf die Fälle der eigentlichen Compensation beziehen, sondern nur auf die übrigen Fälle seiner Compensatio im w. Sinn (Anm. 7. a. E.). Auf Compensationseinreden bei dinglichen Klagen und auf Fälle ursprünglicher Ungleichartigkeit beschränkt sie Scheurl S. 179. Gegen beide Dernburg S. 473. Anm. 3.

§. 265.

Das gleichzeitige Bestehen gleichartiger Forderung und Gegenforderung hebt an sich keine von beiden auf. Von dem Gläubiger, der zugleich Schuldner seines Schuldners ist, hängt es ab, ob er seine Forderung ganz oder mit Abzug der Gegenforderung des Schuldners einklagen will [a]; ebenso hängt es von dem Schuldner, der zugleich Gläubiger seines Gläubigers ist, ab, ob er, von dem letzten auf den ganzen Betrag seiner Schuld belangt, seine Gegenforderung durch Aufrechnung geltend machen [1], oder, sofern sie klagbar ist, der Verfolgung durch besondere Klage vorbehalten will [b]; daher denn auch der Belangte von mehreren Gegenforderungen nach seiner Wahl [2] die eine oder andere oder mehrere [c], die Gegenforderung seines Mitschuldners aber nicht ohne des letzten Zustimmung in Aufrechnung bringen kann [d]. Ergreift aber der belangte Schuldner die Compensation, so ist die Sache so zu betrachten, als sey der Kläger durch die compensable Gegenforderung bereits befriedigt, soweit diese reicht [e]; der Richter muß ihn freisprechen, wenn dieselbe ebensoviel oder mehr beträgt, als des Klägers Forderung, er muß ihn zu minderem Betrag verurtheilen, wenn sie weniger als diese beträgt [f]. Diese Wirkung gänzlicher oder theilweiser Tilgung der einen Forderung durch die andere wird sogar zurückbezogen auf den Zeitpunkt, da zuerst beide als compensable Forderungen einander gegenüberstanden [3]; von diesem Zeitpunkt an ist das Recht der Compensation, also die daraus hervorgehende den Gegenanspruch tilgende oder mindernde Einrede begründet [g], so daß von da an auch die Zinsverbindlichkeit, die einer Forderung anhaftet, nur mehr rücksichtlich des Mehrbetrags derselben fortwirkt [h], und auch ein Verzug mit seinen Nachtheilen nur mehr in sofern statt finden kann [i].

[a] L. 21. D. h. t. [b] L. 2. D. h. t. (§. 264. Anm 3.). L. 1. §. 4. D. de contr. tut. act. 27. 4. [c] L. 5. D. h. t. cf. L. 13. eod. [d] §. 265. not. i. [e] L. 4 Cod. h. t. L. 4. D. eod. [f] §. 30. 39. J. de action. 4. 6. cf. L. 2. Cod. de plus petit. 3. 10. Paul. l. c. in fine. [g] L. 66. D. de R. J. L. 20. §. 3. D. de lib. causa. 40. 12 [h] arg. L. 40. D. de reb. cred. 12. 1. [i] L. 4. 5. Cod. h. t. L. 11. 12. D. h. t.

Da, ſoweit die Compenſation geltend gemacht worden, der Gläubiger, gleichwie durch Zahlung [k], als befriedigt anzuſehen iſt, ſo ſind nun auch die Mitſchuldner des Compenſirenden befreit [4].

Hat der Schuldner aus Irrthum von dem Recht der Aufrechnung keinen Gebrauch gemacht, ſo kann er das zuviel Gezahlte zurückfordern durch indebiti condictio [l]. Iſt die Compenſation durch Urtheil, ausdrücklich oder ſtillſchweigend, abgewieſen, ſo kommt es darauf an, ob dieſes geſchehen iſt, weil die Gegenforderung nicht für gegründet oder weil ſie nicht zur Aufrechnung geeignet erkannt wurde; im erſten Fall iſt die anderweitige Geltendmachung durch Rechtskraft ausgeſchloſſen, im andern Falle noch möglich [m]. Wurde die Gegenforderung als illiquid zu beſonderm Verfahren verwieſen, ſo kann die Wirkung der Compenſation in dieſem noch ausgeführt werden [5].

Anm. [l] Ueber die Art und Weiſe der Geltendmachung: §. 30. J. de action. In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum ei is, cum quo actum est, condemnari debeat (cf. Gai. IV. 61 ... 63.) Sed et in strictis iudiciis ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur (cf. Theophil. ad h. l.). Sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem, sive personales, sive alias quascunque, excepta sola depositi actione etc. cf. L. 14. pr. Cod. h. t. Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. — Verſchiedene Meinungen über Bedeutung und Wirkſamkeit jener doli exceptio: Sintenis a. a. O. und Bang. §. 618. Anm. 1., dagegen Brinz S. 45. fg., gegen dieſen aber Dernburg S. 172. fg. — Beſondere Form des ältern Rechts für den Argentarius: Gai. IV. §. 64. Nam is cogitur cum compensatione agere, id est, ut compensatio verbis formulae comprehendatur; itaque argentarius ab initio compensatione facta minus intendit sibi dare oportere, z. B. *Si paret Titium sibi decem milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet:* wovon Brinz S. 84. fg. nachzuweiſen verſucht, daß ſie ſeit Marcus auch auf andere Fälle angewendet worden ſey und den Uebergang zum neuern Recht gebildet habe. Vgl. L. 21. D. h. t. (Paul.). Posteaquam placuit inter omnes id, quod invicem debetur, ipso iure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur. Dagegen Dernburg

[k] L. 4. Cod. l. c. [l] L. 10. §. 1. D. h. t. cf. L. 30. D. de cond. indeb. 12. 6. [m] L. 7. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 4. D. de contr. tut. act. 27. 4. L. 8. §. 2. D. de neg. gest. 3. 5. cf. L. 30. cit.

S. 240. fg. 326. fg. — Ueber die Bedeutung des *ipso iure* (von ſelbſt? oder: nicht ope exceptionis? oder: nach feſtem Recht, nicht nach richterlichem Arbitrium?) vgl. Brinz S. 1. fg. mit Bang. a. a. O. Sint. §. 104. not. 60. Dernburg S. 310. fg. Nach der zweiten Anſicht wäre zu vergleichen der Rückfall des Eigenthums an den Verkäufer, im Fall der lex commissoria, der ipso iure mit rückwirkender Kraft, und doch nur, wenn der Verkäufer will, eintritt (§. 71. 249.); dagegen freilich Dernburg S. 302. fg., als Vertheidiger der dritten Anſicht.

[2] Fuhr im Arch. f. pract. Rtsw. I. 2. S. 141. fg.

[3] L. 4. Cod. h. t. (Alexander). Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit. L. 11. D. h. t. (Ulpian.). Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a Divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas. L. 12. eod. Idem iuris est non solum in privatis verum etiam in causa fisci constitutum. Sed et si invicem sit usuraria pecunia, diversae tamen sint usurae, compensatio nihilominus locum habet eius, quod invicem debetur. — In L. 4. cit. emendirt Brinz S. 22. 23. *compensatione* eam statt *compensationem*, und verbindet *ipso iure* als Gegenſatz von *ope exceptionis* unmittelbar mit *pro soluto* „als hieße es *pro ipso iure soluto*.“ Das letzte würde als Gegenſatz ein undenkbares ope exceptionis solutum vorausſetzen: das erſte wäre grammatiſch nur zuläſſig, wenn es *pro soluta* hieße. — Der Anſicht, daß hier nur von einer auf beſonderer geſetzlicher Beſtimmung beruhenden Wirkung die Rede ſey (Brinz S. 19. fg. S. 158.), ſteht L. 4. cit. entgegen, welche das Princip voranſtellt und daraus die Beſchränkung der Zinsverbindlichkeit ableitet; vgl. auch L. 5. Cod. h. t. „Aequitas compensationis excludit usurarum computationem.“ Vgl. Dernburg S. 306. fg., Fuhr a. a. O. S. 136. fg.

[4] Das Recht zur Compenſation (not. c.) und die Wirkung der geſchehenen Compenſation ſind dabei wohl zu unterſcheiden. Huſchke in Linde's Ztſchr. II. S. 161.

[5] Haſſe a. a. O. Dernburg S. 483. fg.

§. 266.

Nach beſonderer Beſtimmung iſt das Compenſationsrecht, wenn auch die allgemeinen Vorausſetzungen deſſelben gegeben ſind, ausgeſchloſſen: 1) gegen Forderungen aus einem Depoſitum [a], 2) gegen die Klage wegen unrechtlicher Occupation einer Sache [b], 3) gegen Forderungen des Fiscus oder einer Stadtgemeinde wegen öffentlicher Abgaben und Leiſtungen [c], 4) gegen die Forderung der

[a] L. 14. §. 1. Cod. h. t. L. 11. pr. Cod. depos. 4. 34. §. 30. in f. J. de action. 4. 6.
[b] L. 14. §. 2 Cod. h. t. [c] L. 16. §. 5. D. de iure fisci. 49. 14. L. 3. Cod. h. t.

Fiscus auf den Kaufpreis verkaufter Sachen [d], und 5) gegen Forderungen einer Stadtgemeinde aus Darlehen und Vermächtniſſen, oder auf Leiſtungen zu voraus beſtimmten öffentlichen Zwecken [e]. Außerdem iſt gegen den Fiscus die Compenſation allgemein dadurch beſchränkt, daß die Gegenforderung binnen zwei Monaten bewieſen ſeyn ſoll [f].

Anm. In Beziehung auf die unter 3 ... 5 genannten Forderungen werden Fiscus und Stadtgemeinden gewöhnlich durchweg gleichgeſtellt, gegen den wörtlichen Inhalt der Geſetze. Sint. §. 104. not. 45 ... 51. Ueber die Ausnahmen überhaupt, insbeſondere auch über den Verzicht auf das Compenſationsrecht: Dernburg S. 440. fg.

C. Durch Vertrag.

§. 267.

1) Schlechthin befreiender Vertrag.

Eine jede Obligatio kann durch Uebereinkunft des Gläubigers und des Schuldners aufgehoben werden (liberatoriſcher Vertrag). Beſteht ein Schuldverhältniß, auch ein gegenſeitiges, noch lediglich ſo, wie es durch Vertrag begründet worden, ſo kann es blos durch entgegengeſetzten Vertrag (mutuus dissensus oder contrarius consensus) vollkommen wieder aufgehoben und rückgängig gemacht werden, während, wenn von der einen oder andern Seite ſchon etwas geleiſtet worden, zwar auch dann daſſelbe Ziel durch Vertrag erreicht werden kann, aber nicht durch blos aufhebenden, ſondern zugleich zur Wiedererſtattung des Empfangenen verpflichtenden Vertrag, und, wie ſich von ſelbſt verſteht, überall nur ohne Beeinträchtigung der bereits dritten Perſonen erworbenen Rechte. Außerdem aber kann auch jede Forderung, ſie mag durch Vertrag, einſeitigen oder zweiſeitigen, oder aus irgend einem andern Grunde entſtanden ſeyn, durch Vertrag (Nachlaßvertrag) von Seiten des Gläubigers erlaſſen und ſo dem Schuldner Befreiung von ſeiner Schuldverbindlichkeit gewährt werden. Ob ein ſolcher Vertrag die Obligatio gänzlich, gleichwie durch Zahlung, alſo auch für Mitſchuldner und Mitgläubiger, tilge, oder nur für den vertragſchließenden Schuldner und im Verhältniß zu dem vertragſchließenden Gläubiger Befreiung wirke, das hängt von dem beſondern Sinn und

[d] L. 46. §. 5. cit. L. 7. Cod. h. t. [e] L. 3. cit. [f] L. 46. §. 4. D. l. c. cf. L. 45. §. 10. D. eod.

Inhalt des Vertrages ab. Im Zweifel wird eher die letzte geringere Wirkung anzunehmen seyn, jedoch, wenn nicht die Beschränkung blos auf die Person des Vertragschließenden beabsichtigt war, mit der Ausdehnung, daß auch diejenigen bei dem Schuldverhältniß mitbetheiligten Personen kraft des Vertrages gegen die Forderung geschützt sind, gegen welche die Klage gleichfalls auszuschließen, damit nicht mittelbar die ihm gewährte Schuldbefreiung vereitelt werde, der Vertragschließende ein rechtliches Interesse hat[1].

Uebrigens erfordert der Erlaß einer Forderung keine besondere Form, kann daher auch stillschweigend geschehen. Auch kann eine Forderung theilweise erlassen werden. Ein theilweiser Nachlaß aber kann kraft besonderer Rechtsvorschrift in gewissen Fällen einem Schuldner bezüglich aller seiner Schulden nach Beschluß der Mehrheit der Gläubiger auch gegen den Willen der übrigen gewährt werden[2].

Anm. [1] Wegen der hier wesentlich eingreifenden Verschiedenheit der römischen und der heutigen Theorie der Verträge (§. 232.) ist diese Lehre sehr streitig. Vgl. im Allgemeinen über die rechts- und dogmengeschichtliche Seite: Völkenderff-Warabein, zur Lehre vom Erlaß, München 1850.; dazu Scheurl Beitr. II 14. („Erlaßvertrag"). Insbesondere aber ist zu bemerken:

a) Allgemeiner Grundsatz des R. R. ist nach L. 100. D. de R. J. Omnia quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt. L. 35. eod. Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur. L. 80. D. de solut. 46. 3. Prout quidque contractum est, ita et solvi debet, veluti quum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat, et quum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debeat, verbis, veluti, quum acceptum promissori fit, re, veluti quum solvit, quod promisit. Aeque quum emtio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest. Hiernach wird

α) der Consensualcontract, re nondum secuta oder re integra, vollständig (ipso iure) aufgehoben durch contrarius consensus der Contrahenten. §. 4. J. quib. mod. toll. obl. 3. 29. L. 58. cf. L. 7. §. 6. D. de pact. 2. 14. L. 2. 3. 5. §. 1. 2. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 95. §. 12. D. de solut. 46. 3. cf. L. 2. Cod. quando liceat ab emt. reced. 4. 45. cf. L. 5. pr. D. de rescind. vend. L. ult. D. de acceptil. 46. 4.

β) Die verborum obligatio wird ipso iure aufgehoben durch acceptilatio d. i. aliis, sc. contrariis, verbis, *„habesne acceptum? acceptum habeo."* §. 1. J. l. c. Dig. de acceptilatione. 46. 4. Cod. 8. 44. Diese wirkt exemplo solutionis, als imaginaria solutio, und hebt die Obligatio für alle Correal-Gläubiger oder Schuldner auf. L. 13. §. 12. L. 16. D. h. t.

b) Das R. R. hat zudem ein auf alle Forderungen anwendbares formloſes pactum de non petendo. Dig. de pactis. 2. 14. Cod. 2. 3. Dieſes hebt zwar die Obligatio (ausgenommen gewiſſe Delictsobligationen, L. 17. §. 1. L. 27. §. 2. D. h. t.) nicht ipso iure auf; es begründet nur eine exceptio pacti conventi, welche dem einen Paciscenten, und, wenn das pactum in rem, nicht blos in personam abgeſchloſſen iſt (§. 102.), ſeinem Intereſſe gemäß auch anderen Betheiligten, namentlich dem correus debendi socius, nicht dem correus non socius, zuſteht, gegen die Klage des andern Paciscenten, nicht auch ſeiner Mitgläubiger; L. 7. §. 4. 7. et sqq. L. 10. §. 2. ... L. 16. pr. L. 21. §. 2. ... L. 27. pr. D. l. c. L. 3. §. 3. D. de lib. leg. 34. 3. L. 9. §. 1. D. de duob. reis. 45. 2.; ſo weit es aber definitiv befreiend wirkt, enthält es auch einen wahren Erlaß der Schuldverbindlichkeit, remissio debiti, L. 5. Cod. de remiss. pign. 8. 25. L. 33. Cod. de transact. 2. 4. cf. L. 55. D. de V. S., und ſo kann denn auch die als ſolche unwirkſame Acceptilatio doch als Pactum wirken. L. 8. pr. D. de acceptil. 46. 4. Mit Unrecht wird dem pactum de non petendo der Charakter eines Erlaßvertrages nach Bölderndorff a. a. O. beſtritten von Rudorff zu Puchta §. 297. not. a. (welcher ſogar unhiſtoriſch behauptet, es ſey „überall keine Aufhebungsart einer Obligatio, ſondern eine prozeſſualiſche Handlung, ein Sühnevertrag über einen Rechtsfriedensbruch oder Rechtſtreit"), und in andrer (minder greller) Weiſe von Scheurl. Vgl. dagegen Arndts in d. krit. Ueberſchau II. S. 154. fg.

c) Nach R. R. kann aber jede Obligatio durch Novation (§. 268.) in eine verborum obligatio umgewandelt und als ſolche ſofort durch acceptilatio vollkommen aufgehoben werden; es war ſogar eine eigene Formel dafür aufgeſtellt, um auf dieſe Weiſe auf einmal alle möglichen Rechtsanſprüche des einen gegen den andern in einer verborum obligatio zuſammenzufaſſen (Aquiliana stipulatio) und durch ſofort ſich anſchließende Acceptilatio zu vernichten. §. 1. J. l. c. L. 18. §. 1. D. de acceptilat. 46. 4. L. 2. 4. 5. D. de transact. 2. 15.

d) Im heutigen Recht iſt mit der Stipulation auch die Acceptilatio verſchwunden. Daher nun die entgegenſtehenden Anſichten: *a*) der Nachlaßvertrag des heutigen Rechts wirke regelmäßig ipso iure, gleich der Acceptilatio, z. B. Göſchen §. 448. vgl. Unterholzner §. 226. 227., *β*) er wirke immer nur wie das pactum de non petendo nach R. R. unter b., z. B. Bilchel Erörter. II. S. 45. fg. Bang. III. §. 573. Anm. 5. a. E. §. 621. Anm. 1. Das Richtige iſt: Die Regel unter a. findet nun auf alle Vertragsobligationen Anwendung, und ſo kann denn konſequent, da die Novation jetzt ebenfalls durch einfachen Vertrag geſchieht, auch der Erfolg unter c. durch bloßen Vertrag erzielt werden; es fragt ſich nur, ob der Wille darauf oder auf die beſchränktere Wirkung unter b. gerichtet iſt, wobei keineswegs vorausgeſetzt wird, daß die Parteien ein Bewußtſeyn jenes theoretiſchen Unterſchiedes haben. So läßt ſich theoretiſch die Annahme der Möglichkeit eines die Obligatio ſchlechthin vernichtenden Vertrages begründen, ohne welche im heutigen Recht eine Lücke wäre und z. B. auch durch Vergleich eine Obligatio nicht abſolut zerſtört werden könnte, da dieſer nach R. R., ohne hinzutretende Acceptilatio, auch nur per exceptionem wirkte (§. 269.). Vgl. auch Fritz Erläuter. II. S. 420. fg. Im Reſultat ſtimmt hiermit auch überein

Savigny Obl. I. S. 178. („Da nun für uns die Acceptilation nicht vorhanden ist, so bleibt blos das Recht des formlosen Erlaßvertrags übrig, nur mit dem natürlichen Vorbehalt, nach Umständen dasjenige durch besondere Bestimmungen des Vertrags im einzelnen Fall zu bewirken, welches bei den Römern durch die gangbare Form der Acceptilation leichter und sicherer bewirkt werden konnte") und Scheurl a. a. O. Willkürlich ist die Annahme, daß es zur Erklärung der Absicht vollkommener Tilgung jetzt der Ausstellung einer förmlichen Quittung bedürfe (v. d. Pfordten Abh. S. 300.), obwohl es richtig ist, daß der in Form einer Quittungsleistung abgeschlossene Erlaßvertrag die Kraft vollkommener Tilgung der Obligatio habe, weil sich darin dieser Wille unzweifelhaft ausspricht.

[3] Nach R. R. findet dies nur in einem Falle statt, um nämlich den berufenen Erben zur Antretung der verschuldeten Erbschaft zu bestimmen. L. 7. §. 17. .. L. 10. D. de pactis. 2. 14. cf. L. 54. §. 1. D. de manumiss. test. 40. 4. L. 58. §. 1. D. mand. 17. 1. Nach heutigem Rt läßt man es überhaupt im Fall der Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners zu. Bayer, Concurspro. §. 39. Die Mehrheit bestimmt sich, wie im Falle des §. 223. Ist die Summe der Forderungen und Zahl der Gläubiger auf beiden Seiten gleich, so soll der Richter entscheiden, während, wenn es sich blos um Stundung handelt, in solchem Fall dem mildern Beschluß schlechthin der Vorzug gegeben wird. Uebrigens vgl. Bayer a. a. O.

2) Bedingt befreiende Verträge.

§. 268.

a) Novation [a].

Novation, Schuldneuerung [1], ist ein Rechtsgeschäft, wodurch zugleich eine bestehende, klagbare oder nicht klagbare, Obligatio aufgehoben und an deren Stelle eine neue contrahirt wird [b], so daß das eine durch das andere bedingt ist [c]. Die Novation geschieht nach heutigem Recht [2] durch einfachen Vertrag derjenigen Personen, unter welchen die neue Obligatio bestehen soll [d], unter Mitwirkung oder Zustimmung desjenigen, welcher über die bisherige Forderung als Gläubiger [e] oder dessen Stellvertreter [f] zu verfügen berechtigt ist, wozu die Befugniß, anstatt des Gläubigers die Zahlung in Empfang zu nehmen, allein nicht genügt [g]. Erforderlich aber ist die deutlich, wenn auch nicht ausdrücklich, erklärte Absicht, eine Novation vorzunehmen (animus novandi [h]), also die bisherige

[a] Dig. de novationibus et delegationibus. 46. 2. Cod. 8. 42. [b] L. 1. D. h. t. §. 3. J. quib. mod. toll. obl. 3. 29. cf. Gai. III. 176. [c] L. 5. 8. §. 1. 2. L. 14. 24 D. h. t. L. 36. D. de reb. cred. 12. 1. [d] §. 3. J. cit. L. 1. §. 1. D. h. t. vgl. §. 232. [e] L. 20. pr. §. 1. D. h. t. cf. L. 9. eod. L. 3. eod. [f] L. 20. §. 1. L. 34. §. 1 D. h. t. cf. L. 28. §. 2. L. 34. pr. eod. [g] L. 10. D. h. t. — L. 21. eod. L. 4. Cod eod. — L. 16. 23. 25. D. eod. cf. L. 27. pr. D. de pact. 2. 14. [h] L. 8. Cod. h t §. 3. J. l. c. cf. L. 2. 8. §. 1. 5. L. 28. 29. D. h. t. L. 3. in f. Cod. h. t.

Obligatio aufzuheben, nicht eine neue neben derſelben zu begründen [3].

Die neue Obligatio kann unter denſelben Perſonen, wie die bisherige, eingegangen werden [i], ſo daß die Neuerung nur den Gegenſtand oder die Nebenbeſtimmungen oder ſogar nur die Begründung der Obligatio betrifft [4]. Aber es kann auch ein anderer Gläubiger oder ein anderer Schuldner an die Stelle des bisherigen treten, das erſte freilich nicht ohne Zuſtimmung des zur Novation Berechtigten [k], das letzte auch ohne Mitwirkung, ja ohne Wiſſen des bisherigen Schuldners, dadurch allein, daß ein Anderer dem Gläubiger ſich in jener Abſicht verpflichtet, d. i. durch bloße Expromiſſio [l]. Erklärt der bisherige Schuldner oder Gläubiger ſeinen Willen dahin, daß ein Anderer ſtatt ſeiner ſich verpflichte, beziehungsweiſe, daß einem Andern ſtatt ſeiner verſprochen werde, ſo liegt eine Delegation vor [m], welche den Anlaß zu der durch den neuen Verpflichtungsvertrag zu vollziehenden Novation enthält, und dieſe kann denn als zweifache Delegation auch dergeſtalt ſtattfinden, daß der Schuldner mit dem Willen ſeines Gläubigers einen Andern, der zugleich Schuldner des erſten ſeyn mag, beauftragt, einem Dritten zu verſprechen, der wieder Gläubiger des letzten ſeyn kann, ſo daß durch Erfüllung des Auftrags zugleich zwei oder drei bisher beſtehende Obligationen aufgehoben werden. Der den Auftrag gebende Schuldner oder Gläubiger heißt Delegans; der demgemäß ſich Verpflichtende Delegatus; derjenige, welcher die neue Forderung erhält, Delegatarius [5].

Die wirkſame Novation hebt die bisherige Obligatio vollſtändig (ipso iure) auf, nebſt den acceſſoriſchen Rechten derſelben [n], und zugleich für Mitgläubiger und Mitſchuldner [o], wenn nicht die Abſicht eine beſchränktere iſt [6].

Anm. [i] L. 1. D. h. t. Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur ... §. 1. Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu; qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo

[i] §. 3. J. l. c. L. 2. 5. 8. §. 1. D. h. t. L. 18. §. 1. D. de acceptilat. 46. 4. §. 267. Anm. 1. c. [k] not. e...g. [l] L. 8. §. 5. D. h. t. L. 91. D. de solut. 46. 3. [m] L. 11. 12. 17. 22. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. L. 2. Cod. de O. et A. 4. 10. [n] L. 18. 27. D. h. t. L. 8. pr. L. 15. eod. [o] L. 31. §. 1. D. h. t. §. 213. not f.

sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit. Gleichzeitige Novation mehrerer Obligationen: L. 34. §. 2. D. h. t. L. 18. §. 1. D. de acceptilat. 46. 2. L. 26. in f. D. h. t.

[2] Nach R. R. geſchah die Novation durch Stipulatio. In neueſter Zeit hat man dies für ſo weſentlich angeſehen, daß man die Fortdauer einer wahren Novation im heutigen Recht ganz in Abrede ſtellte. Gneiſt, die formellen Verträge, S. 148 fg. S. 229. Dagegen Sint. §. 105. not. 2.

[3] In der modernen Terminologie hat man novatio privativa und cumulativa unterſchieden, je nachdem die Abſicht, die alte Obligatio aufzuheben, der Eingehung der neuen zum Grunde liege oder nicht. Aber nur die erſte iſt eine wahre Novation; „die letztere iſt eine contradictio in adiecto.“ Puchta Vorleſ. §. 291. — Viele Rechtsgelehrte halten übrigens eine ausdrückliche Erklärung des animus novandi für erforderlich, nach L. 8. Cod. h. t.: Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguitates (cf. Gai. III. 178.) resecantes sancimus: si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. Et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum, etsi non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo ἀνευ καινότητος Graeci dicunt, causa procedat; hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire. — Cf. §. 3. J. h. t. . . . Sed quum . . . dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumtiones alii in aliis casibus introducebant: ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum novationem fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit etc. Vgl. Bang. III. §. 619. „Wenn viele ältere und neuere Juriſten doch eine novatio *tacita* zulaſſen und die abgedruckten Geſetze nur davon verſtehen wollen, daß es keine novatio *praesumta* mehr gebe, . . . ſo iſt dieſe Meinung ohne Zweifel ſehr verſtändig, aber m. E. mit den Worten Juſtinian's nicht zu vereinigen.“ Seuffert's Arch. VI. 175. 262. VII. 167. Dagegen neuerdings Fein, Beitr. zu der Lehre von d. Novation und Delegation. Jena 1850. S. 28 . . . 34. vgl. Seuffert's Arch. IV. 106.

[4] Ueber Novation einer bedingten Schuld und bedingte Novation einer unbedingten Schuld vgl. not. c. mit §. 3. J. l. c. Gai. III. §. 179. Göſchen §. 456. Unterholzner I. S. 624.

[5] Vgl. Hoffmann in Sell's Jahrb. III. S. 396. fg. Fein a. a. O. — Unter Expromiſſion pflegt man heutzutage vorzugsweiſe die Novation durch Eintritt eines neuen Schuldners ohne Delegation zu verſtehen. Im römiſchen Sinn expromittirt auch der vom Schuldner Delegirte. — Ein beſonderer Fall iſt die Novation der Schuld alternativer Schuldner: L. 32. D. h. t. Te hominem et (l. aut)

Seium decem mihi dare oportet; stipulor ab altero novandi causa ita: *quod te aut Seium dare oportet:* utrumque novatur. Paulus: merito, quia utrumque in posteriorem deducitur obligationem. Huſchke in Linde's Ztſchr. n. F. II. S. 162. Verſchieden davon alternatives Verſprechen deſſen, was der eine oder was der andere ſchuldig iſt. L. 8. §. 4. L. 26. D. h. t.

[s] L. 31. §. 1. D. h. t. Si duo rei stipulandi sint, an alter ius novandi habeat, quaeritur, et quid iuris unusquisque sibi acquisierit. Fere autem convenit, et uni recte solvi et unum in iudicio petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione perimi utriusque obligationem: ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi acquisiisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto eius, cum quo commune ius est, amittere debitorem potest. Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque *liberare eum* ab altero poterit, *quum id specialiter agit*, eo magis, quum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. Alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem isque ab eo stipulatus fuerit, aut mulier *fundum* iusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi, doti *eum* promiserit? Nam debitor ab utroque liberabitur. Gewiß richtig emendirt Huſchke a. a. O. S. 153. fg. *eundem* ſtatt *fundum*, und *debitum* ſtatt *eum*. Auch möchte *liberare reum* zu leſen ſeyn ſtatt *liberare eum*. Und gewiß mit Recht bemerkt derſelbe, daß die Abſicht bei der Novation auch blos auf eine Aenderung rückſichtlich des Verhältniſſes des einzelnen Correal-Gläubigers oder Schuldners ſich beſchränken könne. Dagegen freilich Sav. Obl. I. S. 166., welcher die Worte *quum id specialiter agit* für interpolirt hält. Mit Unrecht aber kehrt dieſer das von Huſchke angeführte Beiſpiel gegen dieſen. Wenn bei einer correalen Geldforderung Einer der Gläubiger durch Novation eine Forderung in Getreide ſubſtituirt, ſo iſt keineswegs nothwendig anzunehmen, daß nun ſämmtliche Forderungen getilgt ſind. Vielmehr kann jenes ſehr wohl den Sinn haben, daß nun blos für den einen Gläubiger, falls dieſer klagt, die Getreideforderung beſteht, für die andern immer noch die Geldforderung, die Geltendmachung der einen aber auch immer noch alle aufhebt. — Ueber den ſcheinbaren Widerſpruch der L. 31. §. 1. cit. mit L. 27. pr. D. de pact. 2. 14.: Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactum sit, alteri nocere; tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo: *nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur;* sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi quod crediderint, licet novare non possint. Quod est verum. *Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est:* vgl. Bang. III. §. 573. Anm. 5. Sav. Obl. I. S. 173. fg.

§. 269.

b) Vergleich [1].

Vergleich, transactio [a]; iſt ein Vertrag, welcher eine Ungewißheit von Rechtsanſprüchen zu beſeitigen bezweckt, indem beiderſeits

[a] Dig. de transactionibus. 2. 15. Cod. 2. 4. X. 1. 36.

von dem wirklichen oder vermeintlichen Recht etwas nachgegeben wird [b]. Die Ungewißheit kann bestehen in der wirklichen oder zu befürchtenden Streitigkeit eines Rechtsanspruches [c], oder darin, daß der Umfang desselben von ungewissen Umständen abhängt [d]. Ohne solche Ungewißheit besteht kein Vergleich [e]; daher ist als solcher ungültig der Vergleich, welcher über ein durch unstreitiges rechtskräftiges Urtheil entschiedenes Rechtsverhältniß abgeschlossen wird [f].

Der Vergleich kann von sehr verschiedenartigem Inhalte seyn; es können Vergleichs halber überhaupt alle möglichen Vermögensänderungen vorgenommen werden, und gehört daher der Vergleich keineswegs ausschließlich oder auch nur vorzugsweise in die Lehre von der Aufhebung der Obligationen [3]. Er kann gänzliche oder theilweise Anerkennung oder Aufgebung eines Rechtsanspruchs enthalten; er kann auf der einen oder andern Seite die Verbindlichkeit zu bestimmten Leistungen begründen oder außer Streit setzen. Insofern das letzte der Fall ist, erzeugt er eine Klage auf Erfüllung [g] nach den Regeln von unbenannten Contracten (§. 235.), wo nicht des Vergleichs wegen ein bestimmter anderer Contract eingegangen wird [4]. Insofern aber der Vergleich die Verzichtleistung auf eine Forderung oder einen Theil derselben enthält, bewirkt er gänzliche oder theilweise Befreiung des Schuldners von seiner bisherigen Verbindlichkeit, gleich als ob darüber durch Urtheil entschieden wäre [h]. Diese Wirkung kann jedenfalls durch exceptio transactionis, eine Art der excéptio pacti conventi, geltend gemacht werden [i], wenn nicht eine stärker wirkende Tilgung der Obligatio des Vergleichs wegen stattgefunden hat. Nach heutigem Recht hängt es von der Absicht der Vergleichenden, die aus dem Gesammtinhalt des Vergleiches zu entnehmen ist, ab, ob sich die Wirkung blos auf das erste beschränke, oder eine vollständige Aufhebung der Obligatio mit sich bringe [k], so daß dieselbe auch für Mitgläubiger und Mitschuldner getilgt werde [5].

Der Vergleich kann wegen Betrugs [l] und wegen Unrichtigkeit

[b] L. 1. D. h. t. L. 38. Cod. h. t. [c] L. 65. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 2. Cod. h. t. [d] L. 8. D. h. t. [e] L. 12. Cod. h. t. [f] L. 23. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 7. pr. § 1. L. 11. D. h. t. cf. Pauli sentt. l. 1. §. 5. L. 32. D. h. t. [g] L. 6. 28. 33. 37...39. Cod. h. t. [h] L. 20. Cod. h. t. cf. L. 16. eod. cap. 1. de lit. cont. in 6to. 2. 3. [i] L. 16. D. h. t. L. 17. 24. 36. Cod. h. t. cf. L. 28. eod. [k] cf. L. 2. 4. D. h. t. L. 3. 40. Cod. h. t. [l] L. 65. §. 1. cit. L. 4. 13. 19. Cod. h. t.

dessen, was bei Abschließung desselben als gewiß vorausgesetzt worden[m], angefochten werden; nicht auch wegen nachheriger Beseitigung der ihn veranlassenden Ungewißheit[n]. Die Verletzung eines beschwornen Vergleichs macht den Verletzten infam und des Vortheils aus demselben verlustig[o].

Ein Vergleich, der für die Zukunft gänzliche oder theilweise Aufhebung der durch eine Verfügung auf den Todesfall begründeten Verbindlichkeit, einer Person Alimente zu geben, durch Zahlung einer bestimmten Summe oder sonst eine bestimmte einzelne Leistung bezweckt, bedarf zu seiner Gültigkeit richterlicher Bestätigung, die nur nach vorgängiger Prüfung, wenn der Vergleich sich als vortheilhaft für den Berechtigten darstellt, ertheilt werden soll[p].

Als eine Art von Vergleich kann auch die Uebereinkunft betrachtet werden, wornach über einen streitigen Rechtsanspruch durch den Eid einer Partei entschieden werden soll (vertragsmäßiger oder conventioneller Eid), mit dessen wirklicher Ausschwörung, die nämlich eine actio oder exceptio iurisiurandi begründet[q], auch der Erlaß des angenommenen Eides gleiche Wirkung hat[6].

Anm. [1] Eine neue Bearbeitung dieser Lehre: Risch, der Vergleich nach gemeinem Rechte (mit Ausschluß der Lehre vom vertragsmäßigen Eide und Compromiß), Erlangen 1855. (eine von der Juristenfakultät in München gekrönte Preisschrift).

[2] Ueber Vergleich nach dem Urtheil s. Rudorff in der Ztschr. f. geschichtl. Rtsw. XIV. S. 334. fg. Thibaut im civ. Arch. VIII. 12. IX. 22. Bang. §. 668. Risch a. a. O. — Eine andere hiehergehörige Bestimmung enthält L. 6. D. h. t. (Gai. lib. XVII. ad edictum provinciale). De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. cf. L. 1. §. 1. D. testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur. 29. 3. (Gai. lib. XVII. ad edictum prov.) Ratio autem huius edicti manifesta est; neque enim sine iudice neque apud iudicem exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti.

[3] Vgl. oben §. 80. Anm. 2. 4. Risch a. a. O. beleuchtet die verschiedenen Ansichten über die Stellung des Vergleichs im System, entscheidet sich selbst aber nach der vorherrschenden Tendenz desselben für die Zusammenstellung mit dem Urtheil.

[4] Nach R. R. konnte z. B. eine Stipulation transactionis causa stattfinden.

[m] L. 3. §. 1. L. 12. in f. D. h. t. L. 42. Cod. h. t. [n] L. 2. 19. 29. Cod. h. t. cf. L. 78. §. 16. D. ad Sc. Treb. 36. 1. [o] L. 41. Cod. h. t. §. 31. Anm. 1 e. [p] L. 7. §. 2. L. 8. D. h. t. [q] L. 2. 5. §. 2. 4. L. 6. 9. §. 1. L. 31. in f. D. de iureiur. 12. 2. cf. L. 21. D. de dolo. 4. 3. L. 13. Cod. de reb. cred. 4. 1.

Aber auch ein Kaufcontract, ein Darlehenscontract u. dgl. läßt sich als Product eines Vergleiches denken. Zu beschränkend bestimmt den Inhalt des Vergleichs Savigny Obl. I. S. 179., indem er sagt: man könne ihn „als ein zusammengesetztes Geschäft betrachten, bestehend aus partieller Erfüllung und partiellem Erlaß." Er kann auch totale Erfüllung oder totalen Erlaß, nur gegen irgend eine andere Gegenleistung, zum Inhalt haben.

[b] Nach R. R. konnte die vollständige Aufhebung der Obligatio durch vergleichshalber vorgenommene Acceptilatio, nöthigenfalls nach vorgängiger Novatio, bewirkt werden. not. k. §. 267. Anm. 1. c. Uebrigens vgl. Huschke in Linde's Ztschr. n. F. II. S. 161 mit Sav. a. a. O. und Arndts in d. krit. Ueberschau II. S. 157.

[c] Ueber den gerichtlich angetragenen Eid s. §. 115. not. f...l.; über die Wirkung des Eides in Beziehung auf Mitgläubiger und Mitschuldner: L. 28. pr. §. 1. 3. D. de iureiur. 12. 2. Huschke a. a. O. — Die Zulässigkeit außergerichtlicher vertragsmäßiger Eide nach heutigem Recht ist streitig. Sint. §. 107. not. 58. fg. 84. Holzschuher II. 2. S. 937. Jedenfalls sind sie selten, und particularrechtlich wohl auch ausdrücklich untersagt. Göschen §. 552. a. E.

§. 270.

c) Compromiß.

Parteien können unter sich vereinbaren, ihren Rechtsstreit, statt vom Gericht, durch eine Privatperson, als Schiedsrichter, arbiter, oder durch mehrere vereint, entscheiden zu lassen [a]. Eine solche Uebereinkunft heißt Compromiß [1]. Sie hat die Wirkung eines Vergleiches. Die Parteien sind darnach einander verpflichtet, sich dem schiedsrichterlichen Verfahren und Spruche zu unterwerfen; jede ist gegen die andere, welche die Uebereinkunft verletzt, nach Umständen durch Klage oder Einrede geschützt. Wird nun durch Schiedsspruch dem Gläubiger seine Forderung, ganz oder zum Theil, aberkannt, so ist er derselben verlustig, weil er für diesen Fall im voraus darauf verzichtet hat [b].

Zur Wirksamkeit des Compromisses wird erfordert: Fähigkeit des erwählten Schiedsrichters [c], Annahme [d] und gehörige Vollziehung des schiedsrichterlichen Amtes durch denselben [2]. Der Spruch (arbitrium, laudum) setzt eine Untersuchung der Sache voraus [e]; er muß die streitigen Verhältnisse, welche Gegenstand des Compromisses

[a] Dig. de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant. 4. 8. Cod de receptis arbitriis. 2. 56. X. de arbitris. 1. 43. in 6to. 1. 22. [b] L. 13. §. 1. D. h. t. L. 5. pr. Cod. h. t. [c] L. 9. pr. §. 1. 2. L. 41. 51. D. h. t. L. ult. Cod. h. t. cf. cap. 4. 7. X. h. t. [d] L. 3. §. 1. L. 13. §. 2. D. h. t. [e] L. 14. 21. §. 9. L. 27. §. 4. D. h. t. cf. L. 1. D. eod.

waren [f], beſtimmt [g] und vollſtändig [h] entſcheiden, und darf nichts Unſittliches [i] enthalten [3]. Sind mehrere Schiedsrichter beſtellt, ſo wird der Spruch durch Mehrheit der Stimmen [k], oder, im Fall der Stimmengleichheit, durch einen ſchon vorher von den Parteien ernannten oder erſt von den Schiedsrichtern erwählten Obmann [l], ſog. superarbiter, gegeben. Der einmal gefällte Spruch kann nicht mehr abgeändert werden [m].

Das Compromiß kann durch Uebereinkunft der Parteien wieder aufgehoben werden [n] und außerdem noch aus verſchiedenen Gründen erlöſchen [4].

Anm. [1] Nach R. R. wurde das Compromiſſum gewöhnlich mittels gegenſeitiger Pönalſtipulationen (poena oder pecunia compromissa) eingegangen, welche alſo indirect den Erfolg der Uebereinkunft ſicherten (§. 211.); daher der Name: compromissum. L. 2. 11. 13. 28. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. Doch kommen auch folgende Modificationen vor: a) directes Stipulationsverſprechen der Anerkennung des Arbitriums, ohne Conventionalſtrafe, eine actio ex stipulatu auf das Intereſſe begründend. L. 27. §. 7. D. h. t. cf. L. 3. Cod. h. t. b) Compromiſſum ohne Stipulation, oder doch ohne gegenſeitige, mit Depoſition des Streitgegenſtandes ſelbſt oder des Gegenſtandes der Strafe. L. 11. §. 2. D. h. t. c) compromissum nudo pacto, durch ein beiderſeitiges bedingtes pactum de non petendo, wenn nämlich beide Theile gegen einander Forderungen hatten. L. 11. §. 3. D. h. t. d) formloſes Compromiß ohne Strafverſprechen oder andere Sicherung, in Folge deſſen der gefällte Schiedſpruch nur eine Exceptio erzeugte (not. b.). e) ein ſchriftlich abgeſchloſſenes oder zu den Akten erklärtes Compromiß mit eidlicher Beſtärkung. Dieſem hat erſt Juſtinian die Wirkung beigelegt, daß es auch eine Klage auf Erfüllung des Schiedſpruches erzeuge, L. 4. Cod. h. t., und dieſelbe Wirkung ſollte auch ohnedies ſtattfinden, wenn ein gefällter Schiedſpruch von beiden Parteien durch ihre Unterſchrift anerkannt (ſog. laudum homologatum) oder nur nicht von einer derſelben binnen zehn Tagen angefochten ſey. L. 4. §. 5. L. 6. Cod. h. t. — Nach heutigem Recht muß man nun überall ſchon dem einfachen Vertrage vollkommen verpflichtende Wirkung beilegen, obgleich auch jetzt noch Strafverſprechungen und andere Modalitäten, wie unter b. c., vorkommen können.

[2] Die Uebernahme des Schiedsrichteramtes heißt receptum sc. arbitrium. Zur Verrichtung des übernommenen Amtes kann der Schiedsrichter, wenn ihn nicht beſondere Gründe entſchuldigen, durch prätoriſchen Zwang (extra ordinem) angehalten werden. L. 3. §. 1. sqq. D. h. t. Schlechthin unzuläſſig und unwirkſam iſt nach not. c. das Compromiß auf Frauen, ſie möchten denn Jurisdiction haben, auf Wahnſinnige, Taube, Stumme, Unmündige oder noch nicht

[f] L. 21. §. 2. 4. 6. L. 32. §. 15. 21. L. 46. D. h. t. cf. cap. 6. X. h. t. [g] L. 21. §. 1. 3. L. 32. §. 16. D. h. t. [h] L. 19. §. 1. L. 25. pr. eod. [i] L. 21. §. 7. eod. [k] L. 17. §. 7. L. 18. L. 27. §. 3. eod. cf. L. 32. §. 13. cod. cap. 2. in 6to. h. t. [l] L. 17. §. 5. 6. D. h. t. [m] L. 19. §. 2. L. 20. 21. pr. eod. [n] L. 9. §. 5. .. L. 11. pr. L. 32. §. 5. eod.

zwanzig Jahr alte Personen, auf eine bei dem Streite selbst betheiligte Partei. In andern Fällen soll zwar das Receptum keinen Zwang gegen den Schiedsrichter begründen, kann aber der wirklich gefällte Spruch dennoch gelten. L. 3. §. 3. L. 4. D. h. t. cf. L. 9. §. 3 ... 5. L. 10. 11. pr. D. h. t. Uebrigens kann auch ein öffentlicher Richter, selbst der für die Streitsache ohnehin competente, zum Schiedsrichter gewählt werden, cap. 7. X. h. t. — L. 9. §. 2. D. h. t. spricht vom iudex datus im Sinn des R. Rts.

[8] Ungerechtigkeit des Spruches genügt nicht, ihn anzufechten. L. 27. §. 2. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. Vgl. jedoch L. 31. 32. §. 14. 15. D. h. t. — Viele gestatten wegen sog. laesio enormissima und manifesta iniquitas Berufung an die Gerichte, nach dem RA. von 1594. §. 66., wodurch bei Compromissen auf das Reichskammergericht in solchem Falle Revision gestattet wurde. Seuffert §. 377. Dagegen Unterholzner I. S. 655. Seuffert's Arch. I. 217.

[4] Solche Gründe sind: a) Rücktritt einer Partei wegen Feindschaft mit dem Schiedsrichter oder wegen Dolus desselben oder der Gegenpartei, L. 32. §. 14. D. eod. L. 31. eod. L. 8. Cod. eod. b) Tod einer Partei, wenn nicht das Compromiß auf die Erben erstreckt war, L. 27. §. 1. L. 49. §. 2. D. eod. c) Wahnsinn oder Concurs einer Partei, L. 17. pr. L. 47. §. 1. L. 48. eod. d) Ablauf der Zeit, L. 21. §. 2. 8. L. 32. §. 3. eod. e) Tod des Schiedsrichters oder nach Umständen auch nur eines von mehreren, L. 45. eod. cf. cap. 42. X. de off. iud. deleg. 1. 29. f) Befreiung desselben von seinem Amt, z. B. wegen Alters, Krankheit u. dgl., L. 15. 16. pr. D. h. t. g) Untergang des Streitgegenstandes, indem auch keine Forderung auf Interesse mehr besteht, L. 32. §. 5. eod.

§. 271.

D. Durch Rechtstreit.

Eine rechtskräftig aberkannte Forderung kann der Gläubiger nicht mehr geltend machen, die zuerkannte nur in dem Maße, wie sie durch das Urtheil festgestellt ist. Insofern kann der Rechtstreit über eine Forderung deren gänzliche oder theilweise Beseitigung zur Folge haben. Eigentlich aber ist dies nicht als eine durch das Urtheil bewirkte Aufhebung oder Aenderung, sondern nur als eine für die Parteien gültige Entscheidung über Daseyn und Inhalt der Obligatio aufzufassen (§. 116.). Nach diesem Gesichtspunkte kann gegen den Inhalt des Urtheils, soweit dessen Rechtskraft wirkt, auch eine naturalis obligatio nicht mehr geltend gemacht werden[1]. Die Rechtskraft des Urtheils erstreckt sich auch auf Mitgläubiger und Mitschuldner (§. 213.), sofern dasselbe nicht blos persönliche Beziehungen der einen Partei zu der Correal-Obligation betrifft[2].

[2] arg. L. 28. pr. §. 1. 3. L. 42. §. 1. 3. D. de iureiur. 12. 2.

Aber auch ſchon der Beginn des Rechtſtreites kann auf die Obligatio Einfluß haben[2], indem bei der alternativen Obligatio der wahlberechtigte Gläubiger nun auf den in der Klage bezeichneten Gegenſtand beſchränkt wird[b], und bei der activen Correalobligation der von einem Gläubiger belangte Schuldner nun den übrigen nicht mehr zahlen darf[c], alſo auch gegen ihre Forderung geſchützt ſeyn muß, ſofern nicht jener von der Klage zurücktritt[3].

Anm. [1] Vgl. L. 13. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. Si deferente creditore iuravit debitor, *se dare non oportere*, pignus liberatur, quia perinde habetur atque si iudicio absolutus esset; nam et si a iudice quamvis per iniuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur. — L. 28. D. de cond. indeb. 12. 6. Iudex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest. — L. 60. pr. eod. Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet (Hal. *debitorem manere*); similemque esse ei dicit, qui ita promisit, *sive navis ex Asia venerit sive non venerit*, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur. cf. L. 27. D. de pign. 20. 1. L. 8. §. 1. D. ratam rem hab. 46. 8. — Ueber die verſchiedenen Meinungen vgl., als Vertheidiger der Fortdauer einer naturalis obligatio, Sav. V. S. 376. 387. fg. und Obl. I. S. 81. fg., Fein im civ. Arch. XXV. 7. 13., als Gegner derſelben, v. d. Pfordten im Arch. XXIV. 4. Flach in Linde's Ztſchr. XIX. 12. Wächter Erörter. III. S. 135. fg. — Puchta §. 293. „Dieſe Wirkung der res iudicata erſtreckt ſich indeſſen nicht weiter, als die der exceptio rei iudicatae, wodurch ſie geltend gemacht wird, ſie kann nur gegen eine Perſon geltend gemacht werden, für welche der Inhalt der Sentenz Wahrheit hat, und ſie iſt zur Begründung einer Klage untauglich. Dieſe unvollkommene Aufhebung der Obligatio (nicht mehr) iſt unter dem Ausdruck zu verſtehen, daß eine naturalis obligatio zurückbleibe." Vgl. noch Scheurl Beitr. I. S. 509., Bekker proc. Conſumption S. 285. fg. Pfeiffer im civ. Arch. XXXVII. S. 257. — Insbeſondere über replicatio rei iudicatae gegen die Einrede der Compenſation: Sav. Obl. I. S. 92. Seuffert's Arch. VII. 299. 300. Bekker S. 126. 287.

[2] Nach älterem Recht bewirkte die Litisconteſtatio eine formelle Aufhebung der bisherigen Obligatio (§. 115. Anm. 3.), was man als novatio necessaria bezeichnet im Gegenſatz der voluntaria novatio (§. 268.), arg. L. 29. D. de novat. 46. 2. cf. L. 86. 87. D. de R. J. Puchta §. 283. 292. Im neueren Recht iſt jenes weggefallen, es ſind jedoch einzelne Wirkungen der Litisconteſtatio beſtehen geblieben, die zwar früher daraus abgeleitet wurden, zugleich aber durch innere Gründe gerechtfertigt ſind (not. b. c.). Sav. VI. S. 277. fg. 307. fg. Wächter Erörter. III. S. 88. fg. 115. fg. Sint. §. 105. not. 2. Dahin gehört nach Juſtinia-

[b] L. 19. D. de legat. II. L. 112. pr. D. de V. O. 45. 1. [c] L. 16. D. de duob. reis. 45. 2. cf. L. 31. §. 1. D. de novat. 46. 2. L. 57. § 1. D. de solut. 46. 3.

nischem Recht auch noch, daß der Schuldner befreit wird, wenn der Gläubiger mit einem Andern, in der Absicht, daß dieser ganz an die Stelle des ersten trete, litem contestirt, L. 23. D. de solut. 46. 3., wornach denn eine Delegation, anstatt durch Stipulation, auch per litis contestationem ihren Vollzug erhalten kann, L. 11. §. 1 D. de novat. 46. 2. (§. 254. a. E.). Nach heutigem Recht kommt dies nicht in Betracht, weil hier immer schon eine Novation durch Vertrag mit dem neuen Schuldner, wozu es der Stipulation nicht mehr bedarf, in Mitte liegen wird. Um dagegen den Schuldner dem Cessionar zu verpflichten, ist schon nach R. R. Litiscontestatio nicht erforderlich (§. 257.).

[a] L. 16. D. 45. 2. Ex duobus rei stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam nihil agit. In Beziehung auf diesen Satz sind Wächter S. 58. und Sav. Obl. I. S. 183. anderer Meinung; der Schuldner soll gleichzeitig von jedem Gläubiger mit der Klage auf das Ganze verfolgt, obwohl nur einem zu zahlen gezwungen werden können. Der Natur des Verhältnisses entspricht dies gewiß nicht und ist es daher nicht gerechtfertigt, die Aufnahme der ganz bestimmt das Gegentheil sagenden L. 16. cit. als ein bloßes Versehen der Compilatoren für unerheblich zu erklären. vgl. Puchta §. 235. not. g. L. 57. §. 1. D. 46. 3. bezieht sich allerdings zunächst nur auf den adiectus solutionis causa: Item si mihi aut Titio stipulatus fuero dari, deinde petam, amplius Titio solvi non potest, quamvis ante litem contestatam posset. Aber in Ansehung der Möglichkeit, an ihn zu zahlen, ist jener dem correus stipulandi nahe verwandt. Vgl. auch Bekker Consumption S. 11.

§. 272.

E. Durch Bedingung und Zeitbestimmung.

Ist eine Obligatio unter auflösender Bedingung eingegangen, so wird sie nach Erfüllung dieser als nicht eingegangen angesehen [a]. Ist die Dauer einer Obligatio auf eine gewisse Zeit eingeschränkt (ad diem, certum oder incertum), so ist nach Eintritt des Endtermins der Schuldner durch eine Einrede (exceptio doli oder pacti) gegen die Forderung geschützt, obwohl das ius civile die Regel aufstellte: ad tempus obligationem constitui non posse [b]. Anders verhält es sich, wenn gewisse obligatorische Verhältnisse, die eine Reihe einzelner Forderungen erzeugen können, z. B. Miethe, Gesellschaft, mit einer solchen Zeitbestimmung eingegangen werden. Hier nehmen jene als Quelle einzelner Forderungen durch Eintritt des Zeitpunktes ein Ende, während die bisher daraus entstandenen Rechtsansprüche fortbestehen. Die Festsetzung eines solchen Endtermins kann aber auch einseitiger Bestimmung einer Partei zustehen,

[a] §. 71. Anm. 4. §. 249. [b] L. 56. §. 4. D. de V. O. 45. 1. L. 44. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. cf. L. 44. §. 2. eod.

welche dann durch Kündigung jene Beendigung des obligatoriſchen Verhältniſſes herbeiführt.

§. 273.

F. Durch Wegfall des Subjectes der Obligatio.

Der Tod des Gläubigers oder Schuldners bewirkt an ſich nur ausnahmweiſe die Erlöſchung von Obligationen, indem dieſe der Regel nach auf die Erben übergehen (§. 104.). Nothwendig aber muß die Obligatio erlöſchen, wenn Forderung und Verbindlichkeit in einer Perſon ſich vereinigen, d. i. durch Confuſio, alſo namentlich wenn der Gläubiger Erbe des Schuldners wird oder umgekehrt [a]; zum Theil, wenn er nur Theilerbe iſt [b]. Wenn jedoch der Gläubiger einen ſeiner Correalſchuldner oder dieſer jenen beerbt, ſo hört die Verbindlichkeit der übrigen Mitſchuldner nicht auf; es darf ihnen aber auch durch jenen Umſtand ebenſowenig das Recht der Theilung, das ihnen gegen den Gläubiger zuſtand (§. 215.), als der Anſpruch auf theilweiſen Erſatz, den ſie etwa als Geſellſchafter gegen den bisherigen Mitſchuldner hatten (§. 213.), geſchmälert werden [c].

Anm. [1] Vgl. a) L. 50. D. de fideiuss. Debitori creditor pro parte heres extitit, accepto coherede fideiussore, quod ad ipsius quidem portionem attinet, *obligatio ratione confusionis intercidit, aut, quod est verius, solutionis potestate;* sed pro parte coheredis obligatio salva est, non fideiussoria, sed hereditaria, quoniam maior tollit minorem. b) L. 71. pr. eod. Granius Antoninus pro Julio Pollione et Julio Rufo pecuniam mutuam accipientibus ita, ut duo rei eiusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator extitit; Julii bona ad fiscum venerunt; similiter et creditori fiscus successerat: mandator allegabat, se liberatum *iure confusionis*, quia fiscus tam creditori quam debitori successerat. Equidem, si unus deditor fuisset, non dubitabam, sicut fideiussorem, ita et mandatorem liberatum esse; quamvis enim, iudicio convento principali debitore, mandator non liberetur, tamen, ubi successit creditor debitori, *veluti solutionis iure sublata obligatione*, etiam mandator liberatur, vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse. Sed cum duo rei promittendi sint et alteri heres extitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta, confusa obligatione? Et puto: *aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam*, sed et accessiones ex eius

[a] L. 75. 95. §. 2. D. de solut. 46. 3. cf. L. 58. pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. — L. 21. §. 2. D. de inoff. test. 5. 2. L. 87. §. 1. D. de acquir. hered. 29. 2. [b] L. 24. 50. D. de fideiuss. 46. 1. [c] L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1.

persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut, quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant. *Igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari*, et per hoc nec fideiussorem vel mandatorem eius. Plane quia is mandati iudicio eligere potest vel creditorem, competituram ei exceptionem doli mali, si coeperit conveniri: *cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere.* Quod si creditor fideiussori heres fuerit, vel fideiussor creditori, puto convenire, confusione obligationis non liberari reum. — „Daß, was Paulus in diesem Fragment bei der passiven Correalobligation entwickelt, ganz ebenso auch auf die active angewendet werden muß", soll zwar nach Bang. §. 573. Anm. 5. „nicht den mindesten Zweifel leiden" und hat auch nach Savigny's Meinung (Obl. I. 196.) kein Bedenken (vgl. auch Mühlenbruch §. 479. not. 3. §. 493. not. 8. Unterholzner I. S. 568.), ist aber dennoch nicht richtig. Arndts im Rsley. IV. S. 19. not. 140. „Es heißt dieses eben so viel, als die Erbschaft oder das Vermögen des Erben um den Werth der Correalforderung schlechthin vermindern; eine solche Wirkung soll aber die confusio nicht haben. L. 41. D. de evict. 21. 2. Cum debitor creditori suo heres extiterit... intelligitur maior hereditas ad debitorem pervenire, quasi soluta pecunia quae debebatur hereditati, et per hoc minus in bonis esse; et ex contrario, cum creditor debitori suo extitit heres, minus in hereditate habere videtur, tanquam ipsa hereditas debitori solverit. Nach obiger Ansicht würde die hereditas nicht maior seyn, wenn der Erblasser eine Correalforderung gegen den Erben hatte, und der Erbe, welcher eine Correalforderung gegen jenen hatte, würde diese verlieren und nur zu Gunsten des Mitgläubigers minus in hereditate habere."

[2] Confusio heißt auch die Vereinigung der Hauptschuld und der Bürgschaftsschuld in einer Person, wodurch nämlich die letzte erlischt, wenn sie nicht wirksamer ist, als die erste. L. 5. 14. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. Wenn dagegen ein Schuldner den Mitschuldner, ein Gläubiger den Mitgläubiger beerbt, so tritt keine Confusio ein. L. 13. D. de duob. reis. 45. 2. L. 93. D. de solut. 46. 3. Si duo rei sint stipulandi et alter alterum heredem scripsit, videndum, an confundatur obligatio? Placet non confundi. Quo bonum est hoc dicere? Quod si intendat *dari sibi oportere*, vel ideo dari oportet ipsi quod heres extitit, vel ideo quod proprio nomine ei deberetur. Atquin magna est huius rei differentia: nam si alter ex reis pacti conventi temporali exceptione summoveri poterit, intererit, is, qui heres extitit, utrumne suo nomine an hereditario experiatur, ut ita possis animadvertere, exceptioni locus sit nec ne. §. 1. Item si duo rei sint promittendi et alter alterum heredem scripsit, non confunditur obligatio (Flor. *confund. obl.*). §. 2. Sed (et) si reus heredem fideiussorem scripserit, confunditur obligatio (Flor. *non confund. obl.*), et quasi generale quid retinendum est, ut ubi ei obligationi, quae sequelae locum obtinet, principalis accedit, confusa sit obligatio; quoties duae sint principales, altera alteri potius adiici (Flor. *adiiciatur*) ad actionem, quam confusionem parere (*videatur*. Hal.). §. 3. Quid ergo.

si fideiussor reum heredem scripserit? Confundetur obligatio secundum Sabini sententiam, licet Proculus dissentiat.

G. Durch Wegfallen des Inhalts der Obligatio.

1) Durch Unmöglichkeit der Erfüllung [1].

§. 274.

a) Im Allgemeinen.

Die Obligatio wird aufgehoben, wenn und inſoweit (§. 253.) die Erfüllung derſelben durch Zufall, d. h. ohne Verſchulden des Verpflichteten (§. 250.), unmöglich wird [a], es ſey denn durch Verzug [b] oder durch beſondere Feſtſetzung [c] die Haftung ſelbſt für den Zufall begründet. Daher erliſcht die Obligatio auf einen individuell beſtimmten Gegenſtand durch deſſen nicht durch Verſchulden des Verpflichteten herbeigeführten Untergang [d]; die Leiſtung eines nur der Gattung nach beſtimmten Gegenſtandes dagegen bleibt immer möglich [e], wenn auch dem Schuldner Sachen dieſer Gattung zu Grunde gegangen ſind [2]. Eine alternative Obligatio erliſcht aus dieſem Grunde erſt dann, wenn alle alternativen Leiſtungen unmöglich geworden ſind [f], es mag dem Gläubiger oder dem Schuldner die Wahl zugeſtanden haben [3].

Anm. [1] Vgl. im Allgemeinen: Fuchs zur Lehre vom periculum bei Obl. im civ. Arch. XXXIV. 5. 10. 17., Mommſen Beitr. zum Obligationenrecht, 1. Abth. „die Unmöglichkeit der Erfüllung in ihrem Einfluß auf obligatoriſche Verhältniſſe.“ Braunſchweig 1853., insbeſondere S. 228. fg., und darüber Windſcheid in der Heibelb. krit. Ztſchr. II. S. 106...145. Hierauf beziehen ſich die beiden Rechtsregeln: *Species perit ei cui debetur*, oder: *Debitor speciei liberatur interitu rei;* und: *Genus perire non censetur.* Eine Anwendung der letzten enthält L. 11. Cod si cert. pet. 4. 2. in dem Satze: Incendium aere alieno non exuit debitorem. Unrichtig die Regel: *casum sentit dominus*, die gleichwohl noch in einem neueſten Entw. e. bürg. Geſetzbuches als Grundregel aufgeſtellt iſt. Wächter im civ. Arch. XV. 6. 9. und in ſeiner Beurtheilung des Entw. eines bürg. Geſetzb. f. d. Königr. Sachſen S. 128. fg., vgl. Mommſen a. a. O. S. 237. fg. Richtiger als Regel: *Casus a nullo praestantur.*

[2] Hierbei kommt noch in Betracht: a) Möglichkeit der Wahl zwiſchen dem

[a] L. 23. D. de R. J. L. 18. pr. D. commod. 13. 6. L. 92. 98. §. 8. D. de solut. 46. 3. cf. L. 31. pr. D. de act. emti. 19. 1. [b] L. 23. D. de V. O. 45. 1. §. 254. not. d. e. Anm. 2. [c] §. 3. J. de emt. vend. 3. 23. L. 78. §. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 9. §. 2. D. locati. 19. 2. [d] §. 2. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. L. 1. §. 4...6. D. de O. et A. 44. 7. L. 33. 37. D. de V. O. 45. 1. L. 9. Cod. de pign. act. 4. 24. [e] L. 1. §. 4. cit. L. 42. D. de iure dot. 23. 3. [f] L. 2. §. 3. D. de eo quod certo loco. 13. 4. L. 10. in f. L. 11. D. de iure dot. 23. 3. L. 9. §. 2. D. de fundo dot. 23. 5. cf. L. 32. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 16. D. de V. O. 45. 1. — L. 33. §. 1. L. 95. pr. §. 1. D. de solut. 46. 3.

noch vorhandenen Gegenstande und dem Werthe des untergegangenen? L. 2. §. 3. D. 13. 4. Qui Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quod solvat, quamdiu ambo vivunt: ceterum ubi alter decessit, extingui eius electionem, ne sit in arbitrio eius, an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet. L. 47. §. 3. D. de legat. I. Sed si Stichus aut Pamphilus legetur, et alter ex his vel in fuga sit, vel apud hostes, dicendum erit praesentem praestari aut absentis aestimationem; totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est facturus legatario. Qua ratione placuit, et si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum, fortassis vel mortui pretium. b) Einfluß der Mora oder Culpa des Schuldners? L. 47. §. 3. cit. L. 95. pr. §. 1. D. de solut. Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dare spondes: altero mortuo, qui vivit solus petetur, nisi si mora facta sit in eo mortuo, quem petitor elegit; tunc enim perinde solus ille, qui decessit, praebetur, ac si solus in obligationem deductus fuisset. §. 1. Quodsi promissoris fuerit electio, defuncto altero, qui superest, aeque peti poterit. Enimvero si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius petit potest, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est: tamen si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit (in) stipulationem. Sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur. c) Einfluß der Morae der Culpa des Gläubigers? L. 105. De de V. O. Stipulatus sum, *Damam aut Erotem servum dari*; cum Damam dares, ego, quominus acciperem, in mora fui; mortuus est Dama: an putes, me ex stipulatu actionem habere? Respondit: secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse; nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quominus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari. L. 55. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Stichum aut Pamphilum promisi Titio; quum Stichus esset decem millium, Pamphilus viginti, stipulator Stichum ante moram occidit; quaesitum est de actione legis Aquiliae. Respondi: quum viliorem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor. Quanti igitur fiet aestimatio? utrum decem millium, quanti fuit occisus, an quanti est, quem necesse habeo dare, id est, quanti mea interest? Et quid dicemus, si et Pamphilus decesserit sine mora? Iam (Hal: *num*) pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor? Et sufficiet, fuisse pluris, quum occideretur, vel intra annum. — Ueberhaupt vgl. Bang. III. §. 569. Anm. 2. Mommsen S. 308. fg.

§. 275.

b) Insbesondere bei gegenseitigen Obligationen.

Bei diesen findet die Regel des vorigen §. bezüglich der beiderseitigen Verbindlichkeiten Anwendung. Dabei aber entsteht die Frage,

ob der von ſeiner Verbindlichkeit Befreite nichtsdeſtoweniger die Gegenleiſtung verlangen, das als Gegenleiſtung Empfangene behalten könne? Dieſe Frage iſt bei Tauſchverträgen, die durch bloße Einwilligung vollkommen verbindlich abgeſchloſſen ſind, der Natur der Sache gemäß zu bejahen [a]. „So wenig im Fall ſofortiger Vollziehung eine Partei das Empfangene einbüßen würde, weil das von ihr Gegebene bei dem Empfänger zu Grunde geht, ebenſowenig kann der rechtmäßige Aufſchub der Vollziehung dieſe Wirkung haben, der Schuldner wird befreit und erhält die Gegenleiſtung“ [1]. Soll jedoch die Gegenleiſtung die Vergeltung ſeyn für die Zeit des Gebrauchs eines Gegenſtandes, wie bei der Miethe, ſo beſteht zwar der Anſpruch auf jene fort, wenn dem dazu Verpflichteten durch einen ihn betreffenden Zufall der Gebrauch vereitelt wird [b], nicht aber auch, wenn ihm wegen eines den Gegenſtand betreffenden Zufalls der Gebrauch nicht gewährt werden kann [c], entſprechend der Zeit, für welche dieſer Fall eintritt [2].

Anm. [1] Puchta §. 302. — Im R. R. iſt dieſes deutlich anerkannt in Beziehung auf den Kaufvertrag; vgl. not. e., insbeſondere L. 34. §. 6. cit. Si emtio ita facta fuerit: *est mihi emtus Stichus aut Pamphilus*, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus. Sed uno mortuo, qui superest dandus est; et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emtorem respicit; sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur; unus enim utique periculo emtoris vixit. Idem dicendum est, etiamsi emtoris fuit arbitrium, quem vellet habere, si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, ut, quem voluisset, emtum haberet, non et illud, an emtum haberet. Sehr verſchieden aber ſind die Anſichten darüber, aus welchem Grunde dieſe Regel beim Kaufe angenommen und in wiefern ſie daher auch auf andere gegenſeitige Obligationsverhältniſſe anzuwenden ſey? Wächter a. a. O. Vang. §. 591. Fuchs a. a. O. S. 112. fg. 397. fg. Mommſen S. 329. 345. fg. Windſcheid S. 135. fg. Bei unbenannten Contracten war ſie nach R. R. ſchon durch deren eigenthümliche Natur (§. 235.) ſehr eingeſchränkt; da dieſe aber im heutigen Rechte nicht mehr beſteht, ſo kommt es nur darauf an, ob jene ihrem Inhalt nach dem Kaufvertrage in der fraglichen Beziehung gleichzuſtellen? Fuchs S. 388. fg. Mommſen S. 387. fg. Windſcheid S. 142.

[2] Dieſer Satz ſteht feſt in Beziehung auf die Miethe von Sachen (not. c.), ſtreitig aber iſt es, wie es ſich mit der Gegenleiſtung für verſprochene Dienſtverrichtung oder Arbeit verhalte, wenn die letzte dem Verpflichteten durch Zufall

[a] L. 34. §. 6. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 5. §. 2. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 8. pr. D. de periculo. 18. 6. L. 6. Cod. eod. 4. 48. cf. L. 12...14. pr. D. l. c. L. 33. D. locati. 19. 2. [b] arg. L. 19. §. 9. L. 38. D. locati. 19. 2. [c] L. 9. §. 1. 4. L. 19. §. 6. L. 30. §. 1. L. 33. D. eod. cf. L. 15. 27. eod.

in ſeiner Perſon unmöglich wird? Vgl. a) L. 15. §. 6. D. loc. Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua (Hal. *pro invecto nauta*) acceperat, repeteret, rescriptum est ab Antonino Augusto, non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, quum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est. b) L. 19. §. 9. eod. Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qui eas conduxerat, decessisset, Imp. Antoninus cum Divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: cum per te non stetisse proponas, quominus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est. §. 10. Papinianus quoque lib. IV. respons. scripsit, diem functo legato Caesaris, salarium comitibus residui temporis praestandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt (cf. L. 4. D. de off. adsess. 1. 22.) c) L. 38. eod. Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet. §. 1. Advocati quoque, si per eos non steterit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent. d) L. 1. §. 13. D. de extraord. cogn. 50. 13. Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret. Nach der letzten Stelle geben manche allgemein auch dem ſelbſt Verhinderten noch Anſpruch auf die Gegenleiſtung, z. B. Mühlenbruch §. 365. not. 7. 10. Fuchs a. a. O. S. 403. fg.; Andere dagegen finden darin nur eine ſinguläre Beſtimmung über Advocatenlohn. Bang. a. a. O. Puchta §. 302. not. 7. 10. Mommſen a. a. O. S. 353. fg. Windſcheid a. a. O. S. 138.

§. 276.

2) Durch andere Umſtände.

Wenn jedes Intereſſe des Gläubigers an der Erfüllung der Obligatio wegfällt, ſo hört dieſe ſelbſt auf [a]. Wenn der Gläubiger dasjenige, was er unentgeltlich (ex causa lucrativa) zu fordern hat, auf unentgeltliche Weiſe anderweitig erhält, ſo fällt jene Forderung weg [b]. Durch Tilgung einer Hauptſchuld wird von ſelbſt auch die acceſſoriſche Verbindlichkeit des Bürgen aufgehoben [c], es ſey denn die Befreiung des Hauptſchuldners durch widerrechtliche Handlung des acceſſoriſch Verpflichteten bewirkt worden [d].

Anm. Die Regel über den ſog. concursus causarum lucrativarum (not. b.) enthält L. 17. cit. Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditorem

[a] L. 95. 97. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 32. D. locati. 19. 2. [b] §. 6. J. de legat. 2. 20. L. 34. §. 2. 7. 8. L. 82. pr. D. de legat. I. L. 17. 19. D. de O. et A. 44. 7. L. 83. §. 6. D. de V. O. 45. 1. [c] L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 4. Cod. eod. 8. 41. L. 43. D. de solut. 46. 3. [d] L. 88. 95. §. 1. in fine. D. de V. O. 45. 1. L. 32. §. 5. D. de usur. 22. 1.

pervenisset. Sehr ausführlich handelt davon: W. Sell, über die römiſchrechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duar. caus. lucrat.. Zürich 1839.; vgl. Roßhirt in ſeiner Ztſchr. II. S. 24. fg. Mommſen a. a. O. S. 255. fg. Windſcheid a. a. O. S. 130. fg.

§. 277.

H. Durch Verwirkung des Gläubigers und Verjährung.

Eine Forderung kann verwirkt werden durch unerlaubte Selbſthülfe [a], durch unſtatthafte Ceſſion [b], und durch Uebernahme der Vormundſchaft über den Schuldner unter Verheimlichung der Forderung [c].

Endlich kann der Gläubiger ſeiner Forderung auch durch Verſäumung der Klage verluſtig werden, inſofern nun deren Geltendmachung durch die Einrede der Verjährung ausgeſchloſſen wird.

Anm. [1] In Beziehung auf die Frage, wieweit ſich die Wirkung der Verjährung einer Forderungsklage erſtrecke (§. 111.), ſtehen ſich zwei Hauptmeinungen gegenüber: a) Ungeachtet der Verjährung bleibe eine naturalis obligatio mit allen regelmäßigen Wirkungen beſtehen, neuerdings u. a. vertheidigt von Francke Abh. Nr. 2. Guyet im civ. Arch. XI. 5. Sav. Syſt. VI. S. 366 . . . 407. Obl. I. S. 96. fg. Puchta §. 92. und Vorleſ. I. S. 192. 427. fg. b) die Verjährung hebe die Obligatio vollſtändig, mit allen Wirkungen der naturalis obligatio, auf, vertheidigt u. a. von Löhr im civ. Arch. X. S. 72 fg. Heimbach in Linde's Ztſchr. I. 22. Vermehren daſ. II. 9. Büchel, Erörter. I. S. 1. fg. Bang. I. §. 151. Sint. §. 31. not. 57. Mittelmeinungen ſind: *α*) Es bleibe zwar eine naturalis obligatio, dieſe könne aber nicht zur Compenſation gegen ſpäter entſtandene Forderungen des Schuldners dienen. Mühlenbruch §. 401. Unterholzner, Schuldverhältniſſe I. S. 528. 557., vgl. deſſen Verjährungslehre II. §. 258. *β*) Nur bei den nach dem prätoriſchen oder aedilitiſchen Edict auf eine gewiſſe Friſt beſchränkten Anſprüchen bleibe nach Ablauf der Friſt auch keine natürliche Schuldverpflichtung übrig. Unterholzner a. a. O. (Vgl. Donelli Comment. XVI. cap. 8. §. 21. 22. XXII. cap. 2. §. 18., nach welchem in dieſem Fall die Obligatio ipso iure, nicht per exceptionem, erlöſchen ſoll, welchem neuerdings beiſtimmt Brinz krit. Bl. Nr. 3. S. 14.; dagegen Sav. Syſt. VI. S. 327.) Ein ſtarkes Argument für die ſchwächere Wirkung (nach a.) gibt der Umſtand, daß nach L. 7. Cod de. praescript. 30. annor. 7. 39. die Pfandklage unter Umſtänden erſt in längerer Zeitfriſt verjährt, wie die perſönliche Klage; das ſtärkſte Argument für die ſtärkere Wirkung (nach b.) liegt in der Erwägung, daß der Zweck der Klagenverjährung ganz vereitelt werde, wenn eine verjährte Forderung immer noch zur Compenſation gegen eine ſpäter entſtandene Forderung benutzt werden könnte, welchem die Mittelmeinung unter *α*. zu entgehenſucht. Vgl. jedoch Seuffert's Arch. II. 163.

[2] Die Klage aus Correalobligationen verjährt zugleich für alle Betheiligte,

[a] §. 94. not. d . . . g. [b] §. 258. Anm. 3. cf. §. 259. not. c. [c] nov. 72. cap. 4.

indem die Unterbrechung der Verjährung durch einen Gläubiger oder gegen einen Schuldner für, beziehungsweise gegen alle wirkt. L. 5. Cod. de duob reis. 8. 40. Sav. Obl. I. S. 193. fg. „Wenn einer von mehreren Correalgläubigern ſtirbt und einen unmündigen Erben hinterläßt, ſo iſt deſſen Klagrecht einſtweilen aller Verjährung entzogen, während für die Klagen ſeiner Mitgläubiger die Verjährung ſtets fortgeht und alſo auch ablaufen kann ... Jenes günſtige Verhältniß des Unmündigen hat eine rein perſönliche Natur ... Das Correalverhältniß kann alſo in dieſem Fall eben ſo wenig die Begünſtigung des Unmündigen verhindern als den Ablauf der Verjährung gegen die Mitgläubiger."

[a] Mit der Hauptforderung iſt auch die Zinsforderung verjährt; dieſe kann aber auch für ſich verjähren (§. 107. not. c. d.). Außerdem wird langjährige Nichteinforderung verfallener Zinſen, aus Rückſicht gegen den Schuldner, als ſtillſchweigender Erlaß angeſehen. L. 17. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 54. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. Sint. §. 87. not. 17.

Zweites Capitel.

Von einzelnen Schuldverhältniſſen.

§. 278.

Die Theorie kann ſich nicht zur Aufgabe ſetzen, alle möglichen Schuldverhältniſſe nach ihrer Beſonderheit darzuſtellen; denn dieſe ſind von unerſchöpflicher Manchfaltigkeit, und der Rechtsverkehr kann deren immer neue von eigenthümlicher Geſtaltung hervorbringen, die alsdann nach den allgemeinen Grundſätzen oder nach Analogie verwandter Verhältniſſe zu beurtheilen ſind. Es gibt aber viele beſonders ausgebildete Arten von obligatoriſchen Verhältniſſen, deren Natur und Wirkung im Allgemeinen durch das Recht näher beſtimmt iſt. Dieſe ſind theils von ſelbſtſtändiger Bedeutung, theils beziehen ſie ſich als acceſſoriſche Rechtsverhältniſſe auf andere Forderungen, zu deren Sicherheit ſie dienen. Die letzten finden ihren Platz im folgenden Capitel; die Darſtellung der erſten macht den Inhalt dieſes Capitels aus. Man kann dieſe nach verſchiedenen Geſichtspunkten eintheilen. Sieht man aber auf den Inhalt der einzelnen Arten von Schuldverhältniſſen im Ganzen, nicht blos auf den Inhalt der einzelnen Forderungen, welche für eine oder andere Partei ſich daraus ergeben, ſo möchte wohl vorzugsweiſe eine Eintheilung nach den Entſtehungsgründen als angemeſſen erſcheinen, indem die Verſchiedenheit derſelben vorzugsweiſe für das Weſen der

Schuldverhältnisse bestimmend ist, ohne jedoch diesen Eintheilungsgrund so ausschließlich festzuhalten, daß man nicht Schuldverhältnisse von nahe verwandtem Inhalt auch ungeachtet der Verschiedenheit des Entstehungsgrundes mit andern zusammenstellen dürfte. Demnach soll in diesem Capitel 1) von Obligationen aus Verträgen und verwandten Verhältnissen die Rede seyn, 2) von Obligationen aus unerlaubten Handlungen, und 3) von den übrigen Fällen. Unter den ersten aber werden zunächst wieder unterschieden a) einseitige Schuldverhältnisse, theils schlechthin einseitige, theils mit der Möglichkeit daraus sich ergebender Gegenforderungen (§. 212.), b) wesentlich gegenseitige Schuldverhältnisse. Ausgeschlossen werden hier diejenigen Schuldverhältnisse, die in wesentlichem Zusammenhange mit anderen Lehren, mit dem Familienrecht oder Erbrecht, stehen.

I. Obligationen aus Verträgen und verwandte Verhältnisse.

A. Einseitige Obligationen.

§. 279.

1) Das Schenkungsversprechen.

Ein in der Absicht, zu schenken, gegebenes Versprechen, sofern die Erfordernisse einer gültigen Schenkung (§. 81.) vorhanden sind, erzeugt eine Klage auf Erfüllung, die man condictio ex lege 35. Cod. de donat. zu nennen beliebt [a]. Der Schenker haftet nach §. 250. nur für grobes Verschulden [b]. Verzugszinsen braucht er nicht zu zahlen [c]. Auch steht ihm die Rechtswohlthat der Competenz zu, unter Berücksichtigung selbst seiner anderweitigen Schulden [d].

2) Das Darlehen.

§. 280.

a) Begriff und Wirkung [a].

Der Darlehensvertrag (mutuum), ein Realcontract [b], verschieden von dem sog. pactum de mutuo dando [c], besteht in der Hingabe vertretbarer Sachen zum Eigenthum, unter Verabredung

[a] §. 81. not. b. [b] L. 18. §. 3. D. de donat. 39. 5. [c] l. 22. D. l. c. [d] L. 19. §. 1. D. de re iud. 42. 1. §. 225. Anm 1. u. 3. b.

[a] Dig. de rebus creditis si certum petetur et de condictione. 12. 1. Cod. de rebus creditis et iureiurando. 4. 1. si certum petatur. 4. 2. [b] pr. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. [c] cf. L. 30. D. h. t.

künftiger Rückgabe einer gleichen Quantität[d]. Dieſe Rückzahlung zu bewirken[1], wenn auch das Gegebene dem Empfänger durch Zufall verloren ging[e], dient dem Darleiher die Darlehensklage, ſog. condictio ex mutuo, nach römiſchem Recht eine actio stricti iuris[f], die aber nach heutigem Recht auch auf Verzugszinſen gehen kann[g]. Eine gleiche Schuldverbindlichkeit kann jedoch auch entſtehen, obwohl das Eigenthum der vertretbaren Sachen nicht ſofort durch die Hingabe[h] oder nicht unmittelbar von dem Darleiher[i] an den Empfänger gekommen, wenn nur im Erfolg daſſelbe erreicht iſt[2].

Anm. [1] Ueber die Zeit der Rückzahlung, insbeſondere im Fall verabredeter Kündigung, vgl. Seuffert §. 310. Die Verabredung, daß die Rückzahlung erfolgen ſolle, „wenn der Gläubiger das Geld vonnöthen hat", ſtellt die Beſtimmung der Zahlungszeit in das Ermeſſen des Darleihers: Erkenntniß des O.-A.-Gerichts zu München in Seuffert's Arch. II. 33.

[2] Vgl. a) L. 11. §. 2. D. h. t. Si fugitivus servus nummos tibi crediderit . . . vindicari nummi possunt, si extant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi; quodsi sine dolo malo consumsisti, condici tibi poterunt. L. 13. §. 1. eod. Si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumseris. Sog. condictio de bene depensis (not. h.). b) L. 11. pr. eod. (Ulpian.). Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem; ego, quum non haberem, lancem tibi ded: vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris; si vendideris, puto mutuam pecuniam factam: cf. L. 19. pr. D. de praescript. verb. 19. 5. Sog. contractus mohatrae! vgl. Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis, v. *Mohatra* „vox portentosa, qua significatur contractus, *quo*, inquit Escobarius, *quis, egens pecunia, emit pecunia credita a mercatore merces summo pretio, et statim ei pecunia numerata pretio infimo revendit.*" c) L. 15. eod. (Ulpian.). Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, quum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta. Anderer Meinung war in Beziehung auf b. und c. der ältere Rechtsgelehrte Africanus nach L. 34. pr. D. mand. 17. 1. vgl. Sav. I. S. 281. Ueber die Anwendung von c. auf den Fall einer Schuldforderung nach Abrechnung: Seuffert's Arch. II. 35. 36. III. 105. d) L. 32. D. h. t. (Iuventius Celsus.) Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, quum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto: si quidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius

[d] L. 2. D. h. t. [e] L. 1. §. 4. D. de O. et A. 44. 7. [f] pr. J. l. c. L. 9. D. h. t. [g] §. 210. Anm. 3. §. 251. Anm. 3. [h] L. 11. §. 2. L. 12. 13. 19. §. 1. D. h. t. §. 2. J. quib. alien. lic. 2. 8. [i] L. 9. §. 8 . . L. 11. pr. L. 15. D h. t.

est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi; hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest; sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi, bonum et aequum est. Sog. condictio Iuventiana. — Ueberhaupt vgl. Heimbach d. Lehre vom Creditum nach den gemeinen in Deutſchland geltenden Rechten. Leipzig 1849. S. 131. fg. Dieſes „weitſchweifige Werk enthält im Widerſpruch mit ſeinem Titel nur eine (auf Savigny's Syſtem V. Beil. XIV. gegründete) Darſtellung des reinen römiſchen Rechts und Proceſſes." Rudorff zu Puchta §. 304. not. a.

§. 281.

b) Beweis des Darlehens.

In Beziehung auf den Beweis des Darlehens beſteht eine beſondere Rechtsvorſchrift [a]. Die Beweiskraft eines ſchriftlichen Schuld- und Empfangbekenntniſſes [2] über das Darlehen [3] kann innerhalb der nächſten zwei Jahre [4] nach ſeiner Ausſtellung beſeitigt werden durch die Behauptung des Ausſtellers, daß die beſcheinigte Auszahlung [5] wirklich nicht ſtattgefunden habe, querela non numeratae pecuniae, ſey es, daß er dieſe als ſog. exceptio non numeratae pecuniae [6] gegen die Klage des angeblichen Gläubigers vorbringe [b], oder wegen Nichtempfanges auf Rückgabe des Schuldſcheins klage [c], oder durch eine ſchriftlich dem Gegner zugeſtellte oder gerichtlich erklärte Verwahrung [d] den Inhalt des Schuldſcheins beſtreite. Der Gegner wird dadurch genöthigt, deſſen Wahrheit durch andere Beweismittel zu beweiſen [e], ſoll aber dann auch, falls ihm dieſes gelingt, den doppelten Betrag der geläugneten Schuld zu fordern berechtigt ſeyn, ausgenommen, wenn der Schuldner in Folge des Eidesantrags die Schuld eingeſteht [f]. Nach Ablauf jener Zeitfriſt, wenn ſolche Anfechtung unterblieben iſt, erhält die Urkunde volle Beweiskraft [g], ohne jedoch den Gegenbeweis, ausgenommen durch Eidesantrag [h], auszuſchließen [7]. Schon vorher gilt daſſelbe, nachdem der Schuldner die Wahrheit des Beſcheinigten ausdrücklich oder ſtillſchweigend, namentlich durch theilweiſe Rückzahlung oder Zinszahlung, anerkannt [i], oder auf die Beſchwerde verzichtet hat [8].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Unterholzner im civ. Arch. VII. 1. Cropp in ſeinen

[a] Cod. de non numerata pecunia. 4. 30. cf. J. de litterarum obligatione. 3. 21. [b] L. 7. 8. 9. 14. 16. Cod. h. t. [c] L. 7. eod. L. 4. Cod. de cond. ex lege. 4. 9. [d] L. 14. §. 4. Cod. h. t. cf. nov. 100. cap. 1. Auth. *hanc autem* ad L. 14. Cod. h. t. [e] L. 3. Cod. h. t. [f] Nov. 18. cap. 8. Auth. *contra* ad L. 4. Cod. h. t. §. 252. Anm. 1. a. [g] §. un. J. l. c. L. 8. 14. pr. Cod. h. t. [h] L. 14. §. 3. Cod. h. t. cf. L. 13. eod. L. 4. Cod. de dot. promiss. 5. 11. [i] L. 4. Cod. h. t. cf. L. 14. §. 1. eod.

und Heise's Abh. I. 18. Gneist, die formellen Verträge, S. 1... 110. 233. fg. Heimbach a. a. O. S. 633 fg. Eine neue Ansicht über die exceptio non num. pec. entwickelt Einert, „über das Wesen und die Form des Litteralcontracts und Vergleichung desselben mit dem Wechsel." Leipzig 1852., wornach sie „einzig und allein bei Formalcontracten Anwendung finde" und „außer den Fällen, wo der Beklagte mit der actio ex stipulatu oder der actio ex litterarum obligatione angegriffen oder bedroht war, im römischen Proceß niemals angewendet werden konnte", und nicht stattfand, wo die Urkunde das Bekenntniß des Empfangs oder der Zahlung als des eigentlichen Obligationsgrundes enthielt. Dagegen Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 479. fg.

[2] Nicht anwendbar ist die Vorschrift: a) wenn die Urkunde die Schuld als aus einem andern Schuldverhältniß herrührend bezeichnet, L. 5. 13. Cod. h. t. vgl. §. 280. Anm. 2. c. Seuffert's Arch. I. 335. V. 274. VI. 178., oder b) das Bekenntniß enthält, daß die Auszahlung schon in einer frühern näher bezeichneten Zeit geschehen sey, sowie c) wenn eine öffentliche Urkunde die Auszahlung als vor der beglaubigenden Autorität geschehen bezeichnet. §. 262. Anm. 2. vgl. Seuffert §. 311. not. 3. 11. Seuffert's Arch. II. 34. IV. 31.

[3] Manche erstrecken die Vorschrift auch auf andere Empfangscheine, ausgenommen über ein Depositum, arg. L. 14. pr. §, 2. Cod. h. t. Unterholzner a. a. O. S. 19. Dagegen L. 5. 7. Cod. h. t. Seuffert not. 8. Gneist S. 294. fg.

[4] Ueber das ältere Recht: L. 1. Cod. Hermogen. tit. I. Ex cautione (l. *exceptionem*) non numeratae pecuniae non anni, sed quinquennii spatio deficere, nuper censuimus. L. 14. pr. Cod. h. t.

[5] Auch sofern der Aussteller weniger, als geschrieben ist, empfangen zu haben behauptet, findet die Regel Anwendung. L. 2. 9. Cod. h. t.

[6] Eine eigentliche Exceptio ist dies nicht, konnte es aber nach R. R. seyn, wenn, wie üblich, wegen Rückzahlung des Darlehens zugleich eine Stipulation stattgefunden hatte. L. 1. 2. 7. 8. 9. Cod. h. t. cf. L. 30. D. de reb. cred. 12. 1. Gai. IV. 116. Vgl. Gneist S. 8. 265 fg.

[7] Vgl. §. 262. Anm. 2. a. E. Eine strengere Meinung wird u. a. noch vertheidigt von Cropp a. a. O. §. 11. 29. fg. Mühlenbruch §. 376. not. 6. Gneist S. 89. fg. Eine Hauptstütze dafür ist §. un. J. l. c. cf. Theophil. ad h. l. Vgl. auch Heimbach a. a. O. S. 669. fg. Gegen Gneist: Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 475. fg. vgl. Seuffert's Arch. VI. 179. VII. 169.

[8] Seuffert's Arch. IV. 30. V. 276. Ob auch der in der Urkunde selbst erklärte Verzicht diese Wirkung habe? Puchta §. 305. not. n. Vorles. II. S. 151. Dagegen, mit der herrschenden Meinung, Seuffert §. 311. not. 12. „Dergleichen Entsagungsclauseln werden leicht stehende Artikel in den Schuldurkunden, auf welche man kein Gewicht legen kann"; vgl. Seuffert's Arch. VI. 26., jedoch ausgenommen den Fall eidlich bekräftigten Verzichts. Sint. §. 96. not. 44. — Uebrigens können auch Erben und Bürgen sich der querela non num. pec. bedienen, L. 8. 12. Cod. h. t.; nicht auch ein durch Novation eingetretener neuer Schuldner, L. 6. Cod. h. t.

§. 282.

c) Beschränkung des Darlehens.

Nach dem Sc. Macedonianum [a] erzeugt das Gelddarlehen [b] an ein in der väterlichen Gewalt befindliches Kind [c] keine wirksame Klage [1]; diese wird durch exceptio Sc. Macedoniani ausgeschlossen [d], die nicht nur dem Empfänger selbst, nach wie vor Aufhebung der väterlichen Gewalt [e], sondern auch dem Erben und dem Vater desselben [f] gegen die Klage aus dem Darlehen [g] zusteht, sowie dem Bürgen, sofern er wegen geleisteter Zahlung einen Rückanspruch an den Hauptschuldner hätte [h], überall jedoch ohne auch die Wirkungen der naturalis obligatio auszuschließen [i], und unwirksam gegen das Restitutionsgesuch eines minderjährigen Darleihers [k]. Außerdem fällt die Berufung auf das Sc. Maced. noch aus verschiedenen Gründen, theils überhaupt [2], theils für den Empfänger des Darlehens [3], weg.

Anm. [1] Verba senatusconsulti Macedoniani haec sunt: *Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus* (Vulg. *hominibus*) *praestaret, qui* (Hal. *quum*) *pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet, placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen expectata patris morte fieri.*

[2] Dies ist der Fall: a) wenn der Vater die Aufnahme des Darlehens veranlaßt oder hinterher, sey es auch stillschweigend, z. B. durch theilweise Zahlung, genehmigt hat. L. 17. §. 11. 15. L. 12. 16. D. h. t. L. 2. 7. pr. Cod. eod. (vgl. Seuffert's Arch. IV. 29.). b) wenn das Darlehen zum Vortheil des Vaters aufgenommen oder auch nur hinterher dazu verwendet worden ist, sey es auch zur Bestreitung von dem Vater obliegenden Ausgaben für das Kind. L. 7. §. 12. 13. D. h. t. L. 2. 5. Cod. h. t. cf. L. 47. §. 1. D. de solut. 46. 3. c) wenn dasselbe geschah zur Bestreitung unabweislicher Bedürfnisse oder zur Bezahlung anderer nicht durch Einrede beschränkter Schulden. L. 47. §. 1. cit.

[a] Dig. de senatusconsulto Macedoniano. 14. 6. Cod. ad Sc. Maced. 4. 28. cf. §. 7. J. quod cum eo. 4. 7. Theophil. ad h. l. [b] L. 1. pr. L. 3. §. 2. 3. L. 7. pr. §. 3. L. 13. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. [c] L. 1. §. 1...3. L. 3. §. 4. L. 9. §. 2. L. 14. eod. L. 6. §. 1. Cod. h. t. [d] L. 11. D. h. t. [e] L. 1. pr. §. 2. L. 7. §. 15. D. h. t. [f] L. 7. §. 10. D. h. t. L. 6. pr. Cod. eod. [g] L. 3. §. 2. D. h. t. [h] L. 9. §. 3. eod. cf. L. 2. in f. D. quae res pign. 20. 3. — L. 7. §. 11. D. h. t. [i] L. 9. §. 4. 5. L. 10. D. h. t. L. 19. 40. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. cf. α) L. 19. D. de novat. 46. 2. L. 2. Cod. h. t. L. 13. D. h. t. β) L. 9. §. 1. eod. L. 14. D. de reb. cred. 12. 1. L. 26. §. 9. D. de cond. indeb. 12. 6. γ) L. 18. D. h. t. [k] L. 3. §. 2. eod. L. 11. §. 7. D. de minor. 4. 4. cf. L. 34. pr. eod.

L. 7. §. 14. D. h. t. d) wenn der Darleiher den Darlehensempfänger aus entſchuldbarem Irrthum für ſelbſtändig hielt. L. 3. pr. L. 19. D. h. t. e) wenn der letzte zur Zeit des Darlehens Soldat war. L. 7. §. 1. Cod. h. t. Dies wird jedoch beſtritten z. B. von Mühlenbruch not. 22. Puchta §. 306. not. t. (vgl. Anm. 3. a); der letzte nennt dies mit Unrecht „ein privilegium *odiosum* militum, welches alle Wahrſcheinlichkeit gegen ſich habe."

[a] Dies iſt der Fall: a) wenn der Empfänger zur Zeit des Darlehens ein peculium castrense oder quasi castrense hat (nicht blos, wenn das Darlehen für dieſes gemacht wurde, wie Mühlenbruch not. 21. annimmt), ſoweit daſſelbe reicht. L. 1. in f. L. 2. D. h. t. (Ob dies auch auf das ſog. peculium adventitium irregulare Anwendung finde? Bang. I. §. 245.; dagegen Seuffert §. 312. not. 10. b) wenn und ſoweit der Empfänger, nachdem er Paterfamilias geworden, die Schuld genehmigt hat. L. 2. Cod. h. t. Dabei fragt ſich, ob theilweiſe Zahlung als ſtillſchweigende Anerkennung der ganzen Schuld die Exceptio rückſichtlich des Reſtes ausſchließe? verneint von Puchta §. 306. not. cc., bejaht von Francke Abh. S. 125. u. a. Vgl. L. 7. §. 15. 16. D. h. t. (Ulp. lib. 29. ad edictum). Hoc amplius cessabit Sc., si pater solvere coeperit, quod filiusfamilias mutuum sumserit, quasi ratum habuerit. §. 16. Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit Sc., nec solutum repetere poterit; L. 8. pr. eod. (Paul. ad edictum), quum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet. L. 9. pr. eod. (Ulp. lib. 29. ad edictum). Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit, senatusconsulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem. cf. L. 9. §. 4. eod. — Ueber die Wirkung einer Novation: L. 2. Cod. cit. cf. L. 20. D. h. t.

§. 283.

d) Verzinsliches Darlehen.

Mit der Darlehensverbindlichkeit kann eine Zinsverbindlichkeit verbunden ſeyn; die letzte verſteht ſich aber nicht von ſelbſt und iſt kein Beſtandtheil der erſten [a]. Statt der Zinſen kann auch, nach römiſchem Recht freilich nur durch Stipulation, geradezu Rückzahlung einer größeren Summe gültig verabredet werden [b], nur nicht zum Zweck ungeſetzlichen Zinswuchers [c]. Uebernimmt aber der Darleiher die Gefahr des dargeliehenen Geldes, es ſey für eine Seefahrt, pecunia traiectitia, foenus nauticum [d], oder mit Rückſicht auf eine andere gefahrvolle Unternehmung, ſog. foenus quasi nauticum [e], ſo kann dafür eine höhere Summe mit Ueberſchreitung des geſetzlichen Zinsmaßes als Prämie ausbedungen werden [f].

[a] L. 1. 3. Cod. de usur. 4. 32. vgl. §. 280. not. g. [b] L. 11. §. 1 D. de rei. cred. 12. 1. L. 17. pr. D. de pactis. 2. 14. [c] §. 209. not. d. [d] Dig. de nautico foenore. 22. Cod. 4. 33. [e] L. 5. D. h. t. [f] L. 4. pr. D. L. 2. Cod. h. t. cf. L. 26. §. 1. Cod. de usur. 4. 32. nov. 106. 110.

Anm. Nach älterem R. R. war das foenus nauticum für die Dauer der Gefahr ganz unbeſchränkt. Pauli sent. II. 14. §. 3. Juſtinian beſchränkte es auf centesimae usurae (§. 209. Anm. 1.), geſtattete dann aber dieſe Zinſen in nov. 106. bis zur Rückzahlung, was jedoch durch die nichtgloſſirte nov. 110. wieder aufgehoben wurde. Nach heutigem Recht findet dieſe Beſchränkung nicht mehr ſtatt. Eichhorn Einl. in d. deutſche Privatr. §. 107. a. E. 114.

3) Obligationen auf Rückerſtattung beſtimmter Sachen.

§. 284.

a) Leihvertrag. Commodatum.

Der Leihvertrag, Commodatum [a], beſteht darin, daß einer, (Commodant) dem andern (Commodatar) eine bewegliche oder unbewegliche Sache [b] unentgeltlich [c] zum Gebrauche übergibt, ohne Uebertragung des Eigenthums oder juriſtiſchen Beſitzes [d] unter der Verpflichtung, dieſelbe Sache [e] künftig zurückzugeben. Der Commodatar haftet regelmäßig für jedes Verſehen, nicht auch für den Zufall [f]; er muß auch den durch vertragswidrige Benutzung erhaltenen Gewinn herausgeben [g]; die Klage gegen ihn iſt die actio commodati directa [h]. Der Commodant kann aber nicht willkürlich zu jeder Zeit die Rückgabe der Sache verlangen, bevor der bewilligte Gebrauch gemacht werden konnte oder die dafür etwa feſtgeſetzte Zeit abgelaufen iſt [i]. Auch kann für den Commodatar eine Gegenforderung entſtehen auf Erſatz angemeſſener Verwendungen [k], auf Erſatz des Schadens, den er in Folge Verſchuldens, jedoch regelmäßig nur eines groben Verſchuldens des Commodanten durch den verſtatteten Gebrauch erlitten hat [l], und, wenn er wegen Verluſtes der Sache Erſatz leiſten muß, auf Abtretung der bezüglich der Sache entſtandenen Klagen gegen dritte Perſonen [m], oder auf Wiedererſtattung des geleiſteten Erſatzes oder der Sache, falls der Commodant ſpäter dieſe ſelbſt wieder erlangt [n]. Dieſe Gegenanſprüche kann der Commodatar nach Umſtänden durch actio commodati contraria oder durch Exceptio gegen die Klage des Commodanten geltend machen [o].

[a] Dig. commodati vel contra 13. 6. Cod. de commodato. 4. 23. X. 3. 15. [b] L. 1. §. 1. D. h. t. [c] §. 2. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. cf. L. 17. §. 3. D. de praescript. verb. 19. 5. [d] L. 8. 9. 15. 16. D. h. t. cf. L. 15. D. depos. 16. 3. [e] L. 3. §. 6. L. 4. D. h. t. [f] L. 5. §. 2...10. L. 10. pr. L. 18. pr. 23. D. h. t. vgl. §. 250. [g] arg. L. 13. §. 1. D. h. t. [h] vgl. §. 99. [i] L. 17. §. 3. eod. [k] L. 18. §. 3. eod. [l] L. 17. §. 3. L. 18. §. 3. eod. cf. L. 5. §. 10. eod. [m] L. 12. D. de re iud. 42. 1. [n] L. 17. §. 5. cf. L. 13. pr. D. h. t. [o] L. 18. §. 4. D. h. t. cf. L. 4. Cod. eod.

Anm. Ueber das Verhältniß des Commodatum zum Precarium vgl. L. 1. §. 3. D. de precario 43. 26. Et est simile (precarium) commodato; nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat. L. 2. §. 2. eod. Itaque quum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur. Savigny, vom Beſitz S. 562. fg. Schmidt, das Commodatum und Precarium. (§. 173. Anm. 3.)

b) Hinterlegungsvertrag. Depoſitum [a].

§. 285.

α) Regelmäßiges Depoſitum.

Dieſes wird geſchloſſen durch Ueberlieferung, beziehungsweiſe Uebernahme einer beweglichen Sache zum Zwecke der Aufbewahrung, ohne Vergeltung [b] und ohne weitere Verpflichtung, als die, dieſe Sache in Gewahrſam zu halten und künftig zurückzugeben [c]. Der Uebergebende heißt Deponent, der Uebernehmer Depoſitar. Ob der erſte Eigenthümer ſey, kommt nicht in Betracht [d], wenn nur der letzte es nicht iſt [e]. Gegen dieſen findet actio depositi directa ſtatt [1], gegen welche weder Retention [2] noch Compenſation zuläſſig iſt [f]. Er haftet aber der Regel nach nur für grobes Verſchulden [g]. Hat er ohne ſolches die Sache bei einem Andern hinterlegt, ſo braucht er nur ſeine Klage gegen dieſen abzutreten [h]. Der Erbe, der die Sache in gutem Glauben veräußert hat, braucht nur den Preis oder die Klage darauf zu gewähren [i]. Mehrere Depoſitare haften jeder für's Ganze [k]; von mehreren Erben eines Depoſitars aber haftet jeder nur inſofern für das Ganze, als er ſelbſt in grober Schuld iſt [l]. Gegenanſprüche wegen Verwendung auf die Sache oder wegen durch Schuld des Gegners erlittenen Schadens, kann der Depoſitar durch depositi actio contraria geltend machen [m].

Anm. [1] Nach R. R. iſt die Klage infamirend (§. 31. Anm. 1. f.). Im Fall eines in dringender Noth vorgenommenen Depoſitum (ſog. depositum miserabile) geht ſie wegen Dolus auf das Doppelte. L. 1. §. 1...4. L. 18. D. h. t. §. 17. 23. 26. J. de act. 4. 6. vgl. §. 252. Anm. 1. c. — Als utilis actio kann ſie einem Dritten zuſtehen, an welchen die Rückgabe verabredet war. L. 26. pr. D. h. t. §. 246. Anm. 4.

[a] Dig. depositi vel contra. 16. 3. Cod. 4. 34. X. de deposito. 3. 16. cf. Collat. leg. Mos. tit. 10. [b] §. 3. J. quib. mod. re contrah. 3. 14. L. 1. pr. §. 8...10. D. h. t. [c] L. 1. §. 12. 13. D. h. t. cf. L. 1. §. 5. 41. eod [d] L. 1. §. 39. eod [e] L. 15. 31. §. 1. eod. L. 45. D. de R. J. [f] L. 11. Cod. h. t. §. 266. not. a [g] L. 1. §. 6. 7. 16. 20...22. 35. L. 32. D. h. t. (§. 250.). [h] L. 16. D. h. t [i] L. 1. §. 47. L. 2. 4. eod. [k] L. 1. §. 43. eod. [l] L. 9. 10. eod. [m] L. 5. pr L. 23. D. h. t.

[2] Streitig, ob nicht wegen Erſatzes nothwendiger Verwendungen Retention zuläſſig ſey? Seuffert §. 316. not. 16. Dagegen Puchta §. 321. not. r. — Inwiefern die Behauptung des Depoſitars, ſelbſt Eigenthümer zu ſeyn, die Verweigerung der Rückgabe rechtfertige? Seuffert not. 17. Puchta a. a. O. vgl. not. e.; inwiefern wegen des Rechts eines Dritten dieſe zuläſſig ſey? vgl. L. 31. §. 1. D. h. t. . . Latro spolia, quae mihi abstulit, posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi Seius restituere debeat? . . . si totius rei aequitatem (intuemur), . . . mihi reddenda sunt, cui facto scelestissimo ademta sunt. . . . Quodsi ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt, qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit; quod et Marcellus in praedone et fure scribit.

[3] Ueber die Rückerſtattung, wenn Mehrere Deponenten oder Erben eines Deponenten ſind: L. 1. §. 36. 44. L. 14. pr. D. h. t. vgl. §. 216. not. c.

§. 286.

β) Unregelmäßiges Depoſitum.

Der Depoſitar erhält regelmäßig weder das Eigenthum der hinterlegten Sache, noch die Befugniß, ſie zu gebrauchen oder zu verbrauchen [a]. Indeſſen können vertretbare Sachen auch in der Weiſe hinterlegt werden, daß der Empfänger nur dieſelbe Summe oder Quantität zurückzugeben ſchuldig ſeyn ſoll, und dies wird als ſtillſchweigend verabredet angenommen, wenn eine Summe Geldes unverſchloſſen hinterlegt wird [b]. Alsdann geht das Eigenthum des Empfangenen, wie beim Darlehen, auf den Empfänger über, das Geſchäft wird aber übrigens der Abſicht der Contrahenten gemäß wie ein Depoſitum (ſog. depositum irregulare) behandelt [c]. Wenn dagegen bei einem regelmäßigen Depoſitum vertretbarer Sachen dem Empfänger erſt nachher oder auch im voraus, falls er dies in Zukunft wünſche, die Erlaubniß ertheilt wird, das Empfangene zu verbrauchen, ſo geht im erſten Fall ſofort durch die Einwilligung, im andern durch den wirklichen Gebrauch das Depoſitum in ein Darlehen über [d].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Vang. III. §. 630. Schmidt im civ. Arch. XXX. 2.

[2] Auch Zinſen zu vergüten kann der Empfänger, abgeſehen vom Verzug, durch beſondere Zuſage verbindlich werden. L. 24. in f. L. 26. §. 1. in f. D. l. c. Vgl. L. 29. §. 1. eod. Si *ex permissu* meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis, usuras

[a] L. 29. D. h. t. L. 3. 4. Cod. eod. [b] L. 31. D. locati. 19. 2. [c] L. 24. 26. §. 1. L. 26. §. 1. L. 28. D. h. t. [d] L. 9. §. 9. L. 10. D. de reb. cred. 12. 1. L. 34. pr. D. mand. 17. 1.

eius nomine praestare mihi cogitur. Zu verbessern *impermissu*? Huschke in Linde's Ztschr. n. F. II. S. 151.

§. 287.

γ) Sequestration.

Die Bewahrung eines Gegenstandes kann von Mehreren gemeinschaftlich einem Dritten zu dem Zwecke anvertraut werden, um streitige oder zur Zeit noch nicht auszuführende Rechtsansprüche in Ansehung desselben sicher zu stellen. Eine Hinterlegung dieser Art ist Sequestration [a], sog. sequestratio voluntaria [b]; der Uebernehmer heißt Sequester [c], welchem durch besondere Bestimmung auch der juristische Besitz übertragen werden kann [d]. Die Klage gegen denselben auf Herausgabe des anvertrauten Gegenstandes heißt depositi sequestraria actio [e]. Wann diese stattfinde und wem sie zustehe, bestimmt sich nach dem Anlaß der Sequestration und dem Grunde ihrer Aufhebung [f]. Ist sie durch einen Rechtstreit über den Gegenstand veranlaßt, so steht die Klage (in solidum) der siegenden Partei zu [g]. Uebrigens kann das Geschäft mit dem Sequester auch die Natur eines andern Vertrages, z. B. der Miethe oder des Mandats, an sich tragen [h].

Anm. L. 110. D. de V. S. Sequester est, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt, dictus ab eo, quod occurrenti aut quasi sequenti eos, qui contendunt, committitur. L. 6. D. h. t. Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendunque traditur.

§. 288.

c) Pfandvertrag.

Der Pfandvertrag wird geschlossen durch Uebergabe einer Sache an einen Gläubiger, damit ihm dieselbe als Pfand (pignus, Faustpfand) für Befriedigung der Forderung Sicherheit gebe [a]. Der Empfänger wird dadurch dem Pfandgeber, dieser sey Eigenthümer oder nicht [b], verpflichtet, dieselbe Sache nebst allem Zuwachs

[a] L. 6. 17. D. h. t. 16. 3. [b] cf. L. 22. §. 8. D. sol. matr. 24. 3. §. 93. not. k. [c] L. 110. D. de V. S. [d] L. 17. §. 1. D. h. t. L. 39. D. de poss. 41. 2. §. 13. not. k. [e] L. 5. §. 1. L. 12. §. 2. D. h. t. [f] L. 5. 6. Cod. h. t. 4. 34. L. 6. D. h. t. cf. L. 5. §. 2. eod. L. 39. D. de solut. 46. 3. [g] L. 9. §. 3. D. de dolo. 4. 3. L. 17. pr. cit. cf. L. 7. §. 2. D. qui satisd. cog. 2. 8. [h] cf. L. 9. §. 3. cit. L. 22. §. 8. cit.

[a] Dig. de pigneratitia actione vel contra. 13. 7. Cod. 4. 24. [b] L. 9. §. 1. D. h. t. cf. L. 45. pr. D. de R. J.

zurückzugeben [c], sobald er für seine Forderung anders als durch Veräußerung des Pfandes befriedigt oder aus anderem Grunde das Pfandrecht aufgehoben worden ist [d]; nach rechtmäßiger Veräußerung des Pfandes hat er nur den Mehrbetrag des Preises über seine Forderung herauszugeben [e]. Er haftet für jedes Verschulden [f]. Die Klage gegen ihn ist die pigneratitia in personam actio. Hingegen hat er contraria actio wegen Verwendungen [g] und wegen Benachtheiligung durch Schuld des Pfandgebers [h]. Diese Klagen finden analog auch dann Anwendung, wenn ein Pfandgläubiger ohne Besitzübertragung von Seiten des Verpfänders in den Besitz der Pfandsache gekommen ist [i].

§. 289.

d) Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum [a].

Schiffer und Wirthe, welche zufolge ihres Gewerbes Reisende mit ihren Sachen aufnehmen, haften den Aufgenommenen, gleichwie durch stillschweigenden Vertrag verpflichtet, für Restitution dieser Sachen [b], wofern nicht eigene Schuld der Aufgenommenen oder fremde Gewaltthat oder reiner Zufall den Verlust verursacht [c], oder eine ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft die Haftung ausschließt [d]. Gegen den Schiffer oder Wirth findet deßhalb eine prätorische in factum actio (de recepto) statt, unabhängig von dem sonst zwischen ihnen und dem aufgenommenen Fremden bestehenden Rechtsverhältniß [e].

Anm. [1] L. 1. pr. D. h. t. *Ait praetor: Nautae caupones stabularii, quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo.* Wegen der von den Leuten des Schiffers oder Wirthes verübten Beschädigungen oder Entwendungen gibt das R. R. gegen diesen auch eine Poenalklage auf das Doppelte. Dig. furti adversus nautas caupones stabularios. 47. 5. §. 3. J. de obl. quasi ex del. 4. 5.

[2] Streitig ist die Anwendung des Edicts auf Fuhrleute und Posten. Vgl. *Müller*, über die de recepto actio in ihrer Anwendbarkeit auf die heutigen Postanstalten. Leipzig 1835. Vang. III. §. 648. Anm. 2. Seuffert §. 405. a. E.

[a] L. 22. pr. §. 2. L. 40. §. 2. D. h. t. L. 1...3. Cod. h. t. cf. L. 8. D. in quib. caus. pign. 20. 2. L. 11. §. 1. D. de pign. 20. 1. [d] L. 9. §. 3...5. L. 10. 11. cf. L. 20. §. 2. 3. D. h. t. L. 10. 12. Cod. h. t. [e] L. 24. §. 2. D. eod. [f] L. 13. §. 1. L. 14. 24. §. 3. D. h. t. L. 4...8. Cod. h. t. [g] L. 8. pr. §. 1. L. 25. eod. cf. L. 22. §. 4. eod. [h] L. 16. §. 31. L. 22. §. 3. L. 31. 32. eod. [i] L. 34. D. de damno inf. 39. 2. L. 5. §. 21. D. ut. in poss. legat. 36. 4.

[a] Dig. Nautae caupones stabularii ut recepta restituant. 4. 9. [b] L. 1...3. pr. §. 2. D. h. t. cf. L. 6. pr. eod. [c] L. 3. §. 1. eod. cf. L. un. §. 6. D. furti adv. naut. 47. 5. [d] L. 7. pr. eod. [e] L. 3. §. 1. 4. eod.

[a] Zwei scheinbar widersprechende Stellen (L. 1. §. 1. D. h. t. „*nam est in ipsorum arbitrio ne quem recipiant*," und L. un. §. 6. D. 47. 5. „*nec repellere potest iter agentes*") haben einen Streit über die Pflicht der Wirthe, Reisende aufzunehmen, hervorgerufen. Vgl. Madai in Linde's Ztschr. XVIII. 12. Bang. III. §. 630. Anm. 1. Die Frage ist keine civilrechtliche, sondern eine gewerbpolizeiliche.

§. 290.

e) Trödelvertrag.

Eine Verbindlichkeit zur Rückerstattung einer bestimmten Sache, aber nur alternativ, wird auch durch den Trödelvertrag (sog. contractus aestimatorius) begründet. Dieser besteht nämlich darin, daß Jemand eine zu bestimmtem Preise geschätzte Sache zum Zweck des Verkaufes mit der Verpflichtung übernimmt, entweder diesen Preis oder die Sache selbst zurückzubringen [a]. Hat der Uebernehmer um die Besorgung des Handels nachgesucht, so wird angenommen, daß er auch die Gefahr des Zufalls trage [b]. Ein Rechtsgeschäft dieser Art kann übrigens auch die Natur eines Auftrags oder der Dienstmiethe haben; dem Geber wird aber für alle Fälle die actio aestimatoria praescriptis verbis gegeben, deren Erfolg dann im einzelnen Fall mit Rücksicht auf die besondere Natur des Geschäfts zu bestimmen ist [c].

Anm. Streitfragen über die Natur des eigentlichen Trödelvertrages: ob dabei das Eigenthum sofort an den Trödler übergehe (arg. L. 3. D. locati. 19. 2.)? ob derselbe regelmäßig den Zufall trage? Puchta §. 313. Dagegen Sint. §. 117 not. 3. Vgl. überhaupt Glück XVIII. §. 1065. Chambon, Beitr. zum Obligationenrecht. Bd. 1. Jena 1851. S. 1 ... 110. und darüber Brinz krit. Bl. Nr. 1.

4) Obligationen wegen Geschäftsführung.

a) Auftrag. Mandatum [a].

§. 291.

α) Wesen desselben.

Mandat (Auftrag, Vollmachtsvertrag) heißt der Vertrag, wodurch Jemand (mandatarius) dem Willen des andern Contrahenten (mandans, mandator) gemäß [b] ein Geschäft auszurichten ohne

[a] Dig. de aestimatoria. 19. 3. [b] L. 1. §. 1. D. h. t. L. 17. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. cf. L. 5. §. 3. D. commod. 13. 6. [c] L. 1. pr. L. 2. D. h. t. cf. L. 13 pr. D. de praescript. verb. 19. 5.

[a] Dig. mandati vel contra. 17. 1. Cod. 4. 35. J. de mandato. 3. 26. [b] L. 1 pr. .. §. 2. cf. L. 6. §. 2. L. 18. 53. D. h. t.

Ausbedingung eines Lohnes [1] sich verpflichtet [c]. Gegenstand des Mandats können nur erlaubte [d] erst vorzunehmende [e] Geschäfte seyn, bei deren Ausrichtung nicht blos der Mandatar, sondern wenigstens zugleich auch der Mandant oder ein Dritter [2] Interesse hat [f]. Der Auftrag kann auf ein bestimmtes einzelnes Geschäft oder auf eine ganze Gattung oder Reihe von Geschäften und so auch auf Besorgung aller Vermögensangelegenheiten einer Person (§. 77.) gerichtet, er darf nur nicht ganz unbestimmt seyn [g]. Wirkung des Mandats ist theils die Begründung einer Stellvertretung des Mandanten mit deren rechtlichen Folgen, in welcher Beziehung eben dasselbe Vollmacht heißt (§. 77. 246—248.), theils die Entstehung einer Obligatio zwischen dem Mandanten und Mandatar, aus welcher für jenen die actio mandati directa, für diesen contraria actio hervorgehen kann; von dem letzten ist hier die Rede.

Anm. [1] Unentgeltlichkeit des Mandats: L. 1. §. 4. h. t. Mandatum nisi gratuitum nullum est; denn: §. 13. J. h. t. „mercede constituta incipit locatio et conductio esse". Jedoch: L. 6. pr. h. t. Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio; und L. 1. Cod. h. t. De salario autem, quod promisit, apud praesidem provinciae cognitio praebebitur.

[2] L. 2. pr. h. t. Mandatum inter nos contrahitur sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena; quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo actio nascitur. §. 6. . . . Cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur; quia liberum est cuique, explorare, an expediat sibi consilium. Doch kann auch ein solcher Rath aus besondern Gründen verantwortlich machen: vgl. a) L. 12. §. 13. D. h. t. „. . . si . . . *periculo meo crede*, dicat, *bene credis:* arbitror, locum esse mandato et mandati eum teneri". L. 6. §. 5. L. 32. eod. b) L. 47. pr. D. de R. J. Consilii non fraudulenti nulla obligatio est; ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit. L. 7. §. 10. L. 8. D. de dolo. 4. 3. — Ein Grund dafür kann zudem auch in der durch ein Amt oder ein ähnliches Verhältniß begründeten Pflicht, guten Rath zu ertheilen, liegen. Vang. III. §. 659. Seuffert §. 335. a. E.

§. 292.

β) Verbindlichkeiten des Mandatars.

Der Mandatar ist verpflichtet 1) den übernommenen Auftrag genau und sorgfältig zu erfüllen, mit Rücksicht auf die ihm gegebenen

[c] L. 1. §. 4. L. 6. pr. L. 7. L. 56. §. 3. D. h. t. L. 1. in f. Cod. h. t. §. 13. J. h. t. [d] §. 7. J. h. t. L. 6. §. 2. L. 22. §. 6. D. h. t. [e] L. 12. §. 14. eod. [f] §. 1...7. J. h. t. L. 2. pr. §. 1...6. L. 6. §. 4. 5. L. 8. §. 6. D. h. t. [g] L. 48. §. 2. eod.

Anweisungen, und außerdem so, wie es der Natur des aufgetragenen Geschäfts und dem Vortheil oder muthmaßlichen Willen des Mandanten am besten entspricht [a], sodann 2) alles dasjenige, was ihm durch das aufgetragene Geschäft zugekommen ist, worüber er Rechnung zu legen hat, dem Mandanten zu erstatten, daher auch die aus diesem Anlaß erworbenen Klagen gegen Dritte demselben abzutreten [b], und 3) für den durch seine Schuld (dolus oder culpa) verursachten Schaden Ersatz zu leisten [c]. Hat er die Ausführung des Geschäfts ganz oder theilweise einem Andern (einem Substituten) übertragen, so haftet er für dessen Verschulden nur, sofern ihm selbst in Anstellung des Substituten ein Versehen zur Last fällt, muß jedoch jedenfalls wenigstens seine Klage gegen den letzten abtreten [d]; in Schuld aber ist er und haftet daher für jeden daraus entstehenden Nachtheil, wenn er gegen ausdrückliches Verbot oder der Natur des Auftrags zuwider die Substitution vorgenommen hat. Ist Mehreren dasselbe aufgetragen, so haftet jeder einzelne für's Ganze [e].

§. 293.

γ) Verbindlichkeiten des Mandanten.

Der Mandant kann andererseits durch Gegenklage des Mandatars angehalten werden 1) diesem den zur Erfüllung des Auftrags angemessener Weise gemachten Aufwand zu erstatten [a], und daher auch die ihm durch Verwendung eigenen Geldes entgangenen Zinsen zu vergüten [b], sowie auch die von demselben aus Anlaß des Auftrags eingegangenen Verbindlichkeiten zu übernehmen [c]; 2) für jeden durch sein Verschulden demselben verursachten Schaden Ersatz zu leisten [d]. Hat der Mandatar die Gränzen des Auftrags überschritten, so kann er die Anerkennung des Geschäftes von Seiten des Mandanten nur insofern verlangen, als er den Nachtheil der Ueberschreitung für diesen beseitigt [e]. Haben Mehrere gemeinschaftlich den Auftrag ertheilt, so findet gegen jeden von ihnen die Klage auf das Ganze statt [f].

[a] L. 5. 46. D. h. t. [b] L. 8. §. 9. 10. L. 10. §. 2. 3. 8. L. 20. pr. eod. L. 46. §. 4. D. de procurat. 3. 3. vgl. §. 246. 255. [c] L. 11. 13. 21. Cod. h. t. cf. L. 8. §. 8. L. 10 L. 29. D. h. t. [d] L. 8. §. 3. eod. cf. L. 21. §. 3. L. 28. D. de neg. gest. 3. 5. L. 10. in f. L. 11. D. commod. 13. 6. L. 2. §. 1. D. si mensor. 11. 6. [e] L. 60. §. 2. D. h. t. [a] L. 10. §. 9. cf. L. 27. §. 4. L. 56. §. 4. D. h. t. L. 4. Cod. h. t. [b] L. 12. §. 9. D. eod. [c] L. 45. eod. [d] L. 26. §. 6. 7. eod. [e] L. 3. §. 2. L. 4. 11. eod. §. 8. J. h. t. [f] L. 12. §. 7. L. 59. §. 3. D. eod.

§. 294.

δ) Aufhebung des Mandats.

Das Mandatsverhältniß hört auf 1) durch Beendigung des aufgetragenen Geſchäftes, ſowie durch Ablauf der Zeit, auf welche etwa die Vollmacht beſchränkt war, 2) durch Widerruf oder auch ſtillſchweigend erklärte Zurücknahme des Auftrags von Seiten des Mandanten [a], oder Aufkündigung (renuntiatio) von Seiten des Mandatars [b], 3) durch den Tod des Mandanten oder des Mandatars [c], ſofern nicht der Auftrag auf etwas erſt nach dem Tode des Mandanten zu Vollziehendes gerichtet iſt [d]. Jedoch kann der Widerruf [e], wie die Aufkündigung, die letzte namentlich wegen Unzeitigkeit, ſofern nicht auch dieſe entſchuldigt iſt [f], ſelbſt noch die Mandatsklage rückſichtlich eines dadurch verurſachten Nachtheils begründen. Auch kann dieſe wegen der erſt nach dem Tode des Mandanten aus Unkunde deſſelben oder in Folge des vorher Geſchehenen vorgenommenen Handlungen noch ſtattfinden [g]. In keinem Falle aber werden durch ſolche Auflöſung des Mandatsverhältniſſes die bisher aus demſelben entſtandenen Rechtsanſprüche aufgehoben [h].

§. 295.

ε) Beſondere Arten des Mandats.

Als ſolche ſind hervorzuheben 1) das ſog. mandatum qualificatum (§. 352.), d. i. der Auftrag, einem Dritten Credit zu geben, worin eine Art von Bürgſchaft liegt [a], 2) die Ceſſion (§. 255.), 3) die Aſſignation, d. i. der Auftrag des einen (Aſſignanten) an den andern (Aſſignatar), von einem Dritten (dem Aſſignaten) ſich eine Summe auszahlen zu laſſen, womit ſich zugleich der Auftrag für den letzten, dieſe Zahlung zu leiſten (Zahlungsmandat), verbindet. Der Aſſignat kann Schuldner des Aſſignanten, dieſer Schuldner des Aſſignatars ſeyn, und ſo die Aſſignation dazu dienen, die Bezahlung des letzten herbeizuführen;

[a] L. 12. §. 16. L. 15. D. h. t. cf. L. 31. §. 2. D. de procurat. 3. 3. L. 3. Cod. h. t. [b] L. 22. §. 11. L. 27. §. 2. D. h. t. [c] L. 26. pr. L. 27. §. 3. L. 57. eod. [d] L. 12. §. 17. L. 13. 27. §. 1. eod. cf. L. 108. D. de solut. 46. 3. ZRA. §. 99. [e] L. 15. D. h. t. cf. L. 12. §. 2. L. 34. §. 3. D. de solut. 46. 3. [f] §. 9. 11. J. h. t. L. 22. §. 11. L. 23...25. L. 27. §. 2. eod. [g] §. 10. J. h. t. L. 15. Cod. h. t. L. 26. pr. §. 1. L. 58. pr. D. h. t. L. 14. pr. eod. cf. L. 27. §. 3. eod. L. 33. D. de poss. 41. 2. [h] L. 58. pr. D. h. t.

[a] L 6. §. 4. L. 12. §. 14. D. h. t.

wesentlich ist dieses nicht [b]. Der eine wie der andere in der Assignation enthaltene Auftrag kann, so lange die Zahlung nicht geleistet ist [c], widerrufen (contremandirt), wie andererseits gekündigt werden; daher „Anweisung ist keine Zahlung." Hat jedoch der Assignat zu der Zeit, da er dem Auftrag gemäß Zahlung leisten konnte, anstatt dessen mit dem Assignatar auf andere Weise sich abgefunden, so kann der später erfolgte Widerruf den Assignanten nicht seiner Verbindlichkeit gegen jenen entheben.

Anm. Ueber die Assignation und deren Verhältniß zur Cession und Delegation vgl. Mühlenbruch, von der Cession, §. 19. Heise und Cropp Abh. II. 13. Thöl, Handelsrecht I. §. 14...32. Puchta §. 326. Vorles. II. S. 172. fg. Seuffert's Arch. II. 42. vgl. I. 345. (Unwirksamkeit einer zur Berichtigung von Spielschulden ertheilten Anweisung.)

§. 296.

b) Geschäftsführung kraft öffentlichen Auftrags. Cura bonorum.

In manchen Fällen wird unter obrigkeitlicher Mitwirkung und Aufsicht eine Verwaltung gewisser Güter angeordnet, ein curator bonorum bestellt; so beim Concurse der Gläubiger (§. 256.), oder im Fall längerer Abwesenheit einer Person, cura bonorum absentis [a], und aus verschiedenen Gründen bezüglich einer Erbschaft, cura hereditatis iacentis [b], ventris nomine [c], ex Carboniano edicto [d]. Ein solcher Curator, verschieden von den einer Person gesetzten Vormündern, hat wesentlich nur für Erhaltung der anvertrauten Güter (custodia bonorum) zu sorgen; er hat daher nicht die Befugniß der Veräußerung, sofern sie nicht durch den Zweck seiner Bestellung geboten ist [e]; übrigens ist sein Verhältniß nach Analogie der Vormundschaft zu beurtheilen. Ein ähnliches Verhältniß kann auch durch richterliche Sequestration (§. 93. not. n.) entstehen, sofern dem Sequester zugleich Verwaltung aufgetragen ist. Auch bei öffentlichen Beamten und Geschäftsführern juristischer Personen kommt ein dem Mandat ähnliches Verhältniß vor.

[b] L. 34. pr. D. h. t. cf. L. 3. §. 12. D. de don. int. v. et u. 24. 1. [c] L. 106. 108. D. de solut. 46. 3.

[a] L. 22. §. 1. D. de bon. auct. iud. poss. 42. 5. L. 1. §. 4. D. de munerib. 50. 4. L. 3. Cod. de postlimin. 8. 51. [b] L. 1. §. 4. cit. in f. [c] L. 1. §. 17. D. de ventre in poss. mitt. 37. 9. [d] L. 5. §. 1. D. de Carb. ed. 37. 10. [e] L. 1. §. 4. cit. L. 48. D. de admin. 26. 7. vgl. §. 225.

§. 297.

c) **Geschäftsführung ohne Auftrag.** Negotiorum gestio [a].

Wenn Jemand ohne Auftrag oder ohne ein gültiges Mandat [b], sey es auch in irrthümlicher Voraussetzung eines solchen [c], Geschäfte eines Andern besorgt [d], so ist er, als negotiorum gestor, dem letzten, d. i. dem dominus negotiorum, quasi ex contractu [e], analog dem Mandatar, verpflichtet [f], und findet dieserhalb actio negotiorum gestorum directa gegen denselben statt. Er haftet für jede Fahrlässigkeit [g], auch wegen verschuldeter Nichtvollendung der einmal übernommenen Geschäfte und Versäumung dessen, was damit in wesentlichem Zusammenhange steht [h], selbst für zufälligen Nachtheil, sofern er etwas Neues gegen die Weise des Geschäftsherrn begonnen hat [i], nur für grobes Verschulden dagegen, wenn er sich der Güter des Andern unter solchen Umständen angenommen hat, daß sie ohne seine Dazwischenkunft für diesen verloren gewesen wären [k]. War er nicht fähig, sich wirksam zu verpflichten, so hat er nur die erhaltene Bereicherung herauszugeben [l].

Anm. [1] Donelli comment. lib. XV. cap. 15...17. Chambon, Negotiorum Gestio. Leipzig. 1848. Dankwardt, d. neg. gestio. Rostock 1855.

[2] Eine negotiorum gestio kann mit einem Mandat zusammentreffen; wer im Auftrag eines Andern Geschäfte eines Dritten besorgt, kann als negotiorum gestor im Verhältniß zu diesem und zugleich als Mandatar im Verhältniß zu jenem angesehen werden; L. 3. §. 11. L. 28. cf. L. 46. §. 1. D. h. t. L. 14. Cod. h. t.; der Mandant aber ist durch den Auftrag negotiorum gestor des Dritten. L. 21. §. 3. D. h. t.

§. 298.

Der Geschäftsführer kann andererseits ähnliche Ansprüche, wie der Mandatar, gegen den Geschäftsherrn erlangen und durch contraria negotiorum gestorum actio [a] geltend machen, namentlich auf Erstattung des im Interesse des letzten gemachten Aufwandes und auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten [b]. Zur Begründung solcher Ansprüche ist aber erforderlich: 1) daß der

[a] Dig. de negotiis gestis. 3. 5. Cod. 2. 19. [b] L. 19. §. 2. L. 36. D. h. t. [c] L. 5. pr. eod. [d] L. 6. §. 2. 3. 4. eod. cf. L. 5. §. 1. L. 6. §. 8. L. 45. §. 2. eod. [e] §. 1. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 5. pr. D. de O. et A. 44. 7. [f] L. 2. L. 8. §. 1. eod. §. 292. not. b. [g] §. 1. J. cit. L. 20. Cod. h. t. cf. L. 22. eod. §. 250. [h] L. 3. §. 5. L. 31. §. 2. D. h. t. cf. L. 20. Cod. cit. L. 6. §. 12. L. 38. D. h. t. L. 31. §. 3. eod. L. 13. §. 1. D. de usuris. 22. 1. §. 207. Anm. 2. c. vgl. §. 208. Anm. 2. d. [i] L. 11. eod. [k] L. 3. §. 9. eod. [l] L. 3. §. 4. eod.

[a] §. 1. J. l. c. §. 293. not. a...c. [b] L. 2. 19. §. 4. L. 45. D. h. t. L. 3. 10. 15. 18. Cod. h. t.

Geschäftsführer mit Sorgfalt und verständiger Erwägung [c], dem wirklichen Interesse des Geschäftsherrn gemäß [d], nicht dem ausdrücklich erklärten [e] oder sonst erkennbaren Willen [f] desselben zuwider, gehandelt hat, so daß nach allen Umständen anzunehmen ist, dieser würde, falls er seinen Willen kund zu geben Gelegenheit gehabt hätte, solche Art der Stellvertretung gebilligt haben; alsdann schadet es dem Geschäftsführer nicht, wenn der Erfolg seiner Verwendungen ohne seine Schuld später wieder vereitelt ist [g]; 2) daß der Geschäftsführer für einen Andern, wenn auch nicht für einen bestimmten Andern, zu handeln den Willen gehabt hat [h], nicht bloß zur Erfüllung einer Verpflichtung [i], oder aus Freigebigkeit [k], oder seines eigenen Vortheils wegen [l].

Durch Genehmigung wird die Geschäftsführung für den Geschäftsherrn in gleicher Art wirksam, als wenn sie ursprünglich seinem Auftrage gemäß geschehen wäre [m].

Anm. [1] Ueber die Erforderniſſe des negotium utiliter gestum vgl. Kritz, Pandectenrecht I. S. 348. fg. Wächter im civ. Arch. XX. S. 337. fg. Chamben a. a. O. S. 62. fg. Ruhstrat im civ. Arch. XXXII. 7. XXXIII. 2. 9. XXXIV. 3. Dankwardt S. 28. fg.

[2] In den Fällen der not. e. i. k. hat der Geschäftsführer auch nicht einmal Anspruch auf Ersatz, soweit der Gegner bereichert ist. cf. L. 2. Cod. h. t. Streitig ist, wiefern ein solcher Anspruch in Fällen der not. l. stattfinde? Hat Jemand wissentlich, aber sui lucri causa fremde Geschäfte besorgt, so wird ihm eine Klage auf Ersatz der Bereicherung gegeben. L. 6. §. 3. h. t. Hat er irrthümlich fremde Geschäfte als die seinigen besorgt, so wird ihm dieserhalb nur ein Retentionsrecht beigelegt in L. 14. §. 1. L. 29. pr. D. comm. div. vgl. §. 152. Anm. 4. c., aber in L. 49. h. t. L. 50. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. auch eine Klage gegeben. Ueber die Erklärung dieser Stellen vgl. Bang. III. §. 664. Chamben a. a. O. S. 138. fg. Ruhstrat im civ. Arch. XXXIV. S. 68. fg. vgl. §. 248. Anm. 2. a. E. — In Betreff unnützer Verwendungen (impensae voluptariae) hat der negotiorum gestor nur ein ius tollendi. L. 3. §. 4. D. de in rem verso. 15. 4. L. 27. pr. D. h. t.

[3] Gegen den unmündigen Geschäftsherrn geht die actio negot. gest. contraria immer nur auf Ersatz, in quantum locupletior factus est. L. 6. pr. L. 37. pr. D. h. t. L. 2. Cod. h. t.

[a] L. 25. D. h. t. [b] L. 10. in f. L. 27. pr. eod. L. 3. §. 4. D. de in rem verso. 15. 4. L. 23. D. h. t. L. 2. Cod. eod. [c] L. 8. §. 3. D. eod. L. 24. Cod. h. t. cf. L. 40. D. mand. 17. 1. L. 14. §. 13. D. de relig. 11. 7. [d] L. 11. D. h. t. L. 3. §. 4. D. de in rem verso. 15. 4. cf. L. 3. §. 8. L. 5. pr. §. 2. eod. [e] L. 10. §. 1. L. 12. §. 2. L. 22. D. h. t. [f] L. 14. §. 1. D. comm. div. 10. 3. L. 5. §. 1. L. 6. §. 8. 10. 11. L. 22. D. h. t. [g] arg. L. 5. Cod. h. t. [h] L. 11...13. 15. Cod. h. t. L. 27. §. 1. L. 34. 44. D. h. t. [i] L. 6. §. 3. D. h. t. L. 49. eod. [k] L. 9. D. h. t. L. 6. §. 9...11. eod. cf. L. 60. D. de R. J. (§. 78.)

[a] In Betreff des Einfluſſes der Genehmigung ſcheinen ſich zu widerſtreiten: a) L. 9. D. h. t. (Scaevola lib. I. quaest.). Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo, ne in dubio, hoc an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat; nam quomodo, quum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? Sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. Scaevola: imo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum, te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum, et quemadmodum, quod utiliter gestum est, necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est. Ceterum si, ubi probavi, non est negotiorum actio, quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique, si quid impendit, quemadmodum recipiet? Nam utique mandatum non est. Erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio. b) L. 60. D. de R. J. Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quid ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione. Vgl. darüber Bang. §. 664. Anm. III. Chambon S. 55. fg. Ruhſtrat XXXIII. S. 234. fg. Wäre vielleicht in L. 60. zu leſen: *obstringitur ût* (d. i. *velut*) *mandati actione?*

§. 299.

Für einige Fälle der Geſchäftsführung gibt es beſondere Klagen, die rückſichtlich ihrer Vorausſetzungen von der actio negotiorum gestorum abweichen.

1) Wer die einem Andern obliegende Beerdigung eines Verſtorbenen beſorgt hat, kann mit der actio funeraria gegen den Verpflichteten Erſatz der angemeſſenen Verwendungen erlangen, wenn gleich er in der Meinung, ſelbſt verpflichtet zu ſeyn, oder, jedoch aus gutem Grunde, ſelbſt gegen Verbot des Verpflichteten gehandelt hat [a].

2) Diejenigen, welche in den Beſitz von Gütern eines Andern eingewieſen ſind, können wegen deren Verwaltung mit einer actio in factum, analog der actio negotiorum gestorum, belangt werden, beziehungsweiſe ihre Gegenanſprüche geltend machen, haften jedoch nur für dolus und lata culpa [b].

Anm. Zur Beerdigung verpflichtet iſt a) derjenige, dem etwas unter dieſer Beſtimmung hinterlaſſen iſt, ſodann b) der Erbe, L. 12. §. 4. L. 14. §. 1. L. 17. D. h. t., und neben ihm c) nach dem Tode einer Ehefrau derjenige, welchem deren Dos zufällt, nach Verhältniß ihres Betrages zum Betrag der Erbſchaft, L. 16...20. 22...27. 29. 30. eod., d) wer die väterliche Gewalt über

[a] L. 12. §. 2. et sqq. D. de religiosis et sumtibus funerum 11. 7. Cod. 3. 44.
[b] L. 9. 14. §. 1. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. L. 15. §. 14. D. de damno infecto. 39. 2. §. 93. not. k...m.

den Verſtorbenen hatte, L. 21. 28. eod., endlich e) in subsidium der Ehemann, ſoweit er es ohne Schmälerung ſeines Lebensbedarfes vermag, L. 28. eod. vgl. §. 225. Anm. 3. a. E. Das Maß des Aufwandes beſtimmt ſich nach Stand und Vermögen des Verſtorbenen, beziehungsweiſe des Verpflichteten L. 12. §. 5. L. 14. §. 6. L. 21. 28. D. l. c.

B. Weſentlich gegenſeitige Schuldverhältniſſe.

1) Der Kaufvertrag [a].

a) Vorausſetzungen [b].

§. 300.

α) Begriff und Gegenſtand.

Der Kaufvertrag (emtio venditio)[1] beſteht darin, daß der eine (venditor) ſich verbindlich macht, dem andern einen gewiſſen Vermögensgegenſtand zu gewähren, dieſer (emtor) dafür einen Geldpreis als Gegenleiſtung verſpricht. Weſentlich iſt alſo 1) einerſeits ein in Geld[2] beſtimmter Preis [c], wenn auch in Verbindung mit einer Nebenleiſtung anderer Art [d]; doch kann auch die Feſtſetzung des Preiſes von einem noch ungewiſſen oder unbekannten Umſtande abhängig gemacht [e], insbeſondere in das Ermeſſen eines beſtimmten Dritten geſtellt ſeyn, wodurch dann der Kauf bedingt wird [f], ja auch unbeſtimmt in das billige Ermeſſen eines unparteiiſchen Sachverſtändigen (arbitratus boni viri [g]), und in dieſem Sinn, wenn nicht nach römiſchem [h], doch nach heutigem Recht ſelbſt in das Ermeſſen eines der Contrahenten [3]; 2) andererſeits ein Kaufgegenſtand, welcher nicht bloß eine Sache ſeyn kann, ſondern auch jeder andere überhaupt veräußerliche Vermögensgegenſtand, z. B. ein ius in re aliena [i] oder deſſen Ausübung [k], eine Forderung [l], ſelbſt das bloße Beſitzrecht [m], auch ein Vermögensinbegriff [n], desgleichen eine Mehrheit [o] gleich- oder verſchiedenartiger Sachen [p], endlich auch im Voraus

[a] J. de emtione et venditione. 3. 23. cf. X. de emtione et venditione. 3. 17 [b] Dig. de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt. 18. 1. Cod. de contrahenda emtione et venditione 4. 38. [c] L. 1. pr. §. 1. L. 72. pr. D. h. t. L. 1. D. de permutat. 19. 4. §. 2. J. h. t. cf. L. 9. Cod. de rescind. vend. 4. 44. [d] L. 6. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 21. §. 4. eod. L. 79. D. h. t. [e] L. 7. §. 1. 2. L. 37. eod. [f] L. ult. Cod. h. t. 4. 38. §. 1. J. h. t. cf. §. 1. J. de loc. et cond. 3, 24. Gai. III. 140. L. 75. 77. 79. D. pro soc. 17. 2. [g] cf. L. 25. pr. D. loc. 19. 2. L. 16. §. ult. D. de pign. 20. 1. [h] cf. L. 35. §. 1. D. h. t. 18. 1. L. 13. Cod. h. t. 4. 38. L. 22. §. 1. D. de R. J. L. ult. Cod. h. t. [i] L. 20. D. de servitut. 8. 1. §. 188. 193. 198. 200. [k] L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1. §. 179. not. m. [l] Dig. de (hereditate vel) actione vendita. 18. 4. Cod. 4. 39. §. 254 fg. [m] L. 31. §. 4. D. h. t. 18. 1. L. 28. D. de poss. 41. 2. §. 135. not. h. [n] L. 62. §. 1. D. h. t. L. 4. §. 1. D. de peric. 18. 6.

zukünftige, z. B. erst zu verfertigende [p] und selbst [q] noch ganz ungewisse Sachen [5].

Die Sache, welche Gegenstand des Kaufes ist, kann sowohl eine fremde als eine dem Verkäufer gehörige seyn [r]. Doch ist ungültig der Kauf einer entwendeten Sache, wenn Käufer und Verkäufer darum wissen, nicht bindend für diesen, wenn bloß jener darum weiß [s]. Unwirksam ist auch, es sey denn der Käufer über die Eigenschaft der Sache im Irrthum [6], der Kauf einer res extra commercium [t], sodann einer Sache, deren Kauf oder Verkauf überhaupt oder diesen Personen gesetzlich verboten ist [u].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Glück Erläutr. Thl. 16. 17. 20. Treitschke, der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel nach R. R. u. d. wichtigern neuen Gesetzg. Leipzig. 1838. Thöl Handelsrecht. §. 63...90. Rtslex. VI. S. 10...57.

[2] Ausnahme in dem Falle, wenn Jemanden eine Sache feilgeboten ist? Thöl. §. 63. Bang. III. §. 632. vgl. Gai. III. 141. L. 1. Cod. de permutat. 4. 64. Leist in Linde's Ztschr. XVII. S. 361. fg.

[3] Man stellt häufig als Regel auf: pretium debet esse a) verum, b) certum, c) iustum. Allein vgl. zu a) L. 36. 38. D. h. t. L. 3. 9. Cod. h. t. L. ult. D. pro don. 41. 6. L. 7. §. 6. L. 32. §. 25. 26. D. de don. int. v. et u. 24. 1.; zu b) die Stellen in not. e...g. Seuffert's Arch. II. 166. VII. 26.; zu c) L. 22. §. 3. D. loc. 19. 2. In emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere. L. 16. §. 4. D. de minor. 4. 4. In pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. Daher das Sprichwort: „beliebig theuer und wohlfeil"; jedoch vgl. unten §. 307. RPO. Tit. 19. §. 3. (Preisbestimmung für den sog. Kauf der Früchte auf dem Halm oder am Stocke: „anders und mehreres nicht, als auf den Schlag und gemeinen Kauff, was nemlich der Wein oder Treyb, zur Zeit des Contracts, oder aber vierzehn Tag die nächsten nach dem Herbst oder Ernden gelten wird.") — Uebrigens ist freilich sehr streitig: a) ob der Kauf mit Preisbestimmung ex arbitratu boni viri (not. g.) gültig sey? Dagegen spricht L. 25. pr. cit. Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur; cf. L. ult. Cod. h. t.; dafür L. 16. §. ult. cit. Potest ita fieri pignoris datio . . . ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam;

[p] §. 4. J. de locat. 3. 24. L. 2. §. 1. D. loc. 19. 2. L. 20. 25. D. h. t. 18. 1. [q] L. 8. D. h. t. §. 236. not. a. [r] L. 28. 34. §. 4. eod. L. 16...18. pr. L. 39. pr. L. 61. eod. L. 4. 10. Cod. h. t. 4. 38. cf. Cod. de rebus alienis non alienandis. 4. 51. de communium rerum alienatione. 4. 52. [s] L. 34. §. 3. D. h. t. [t] L. 4...6. pr. 22. 23. 34. §. 1. in f. D. h. t. 18. 1. L. 8. §. 1. D. de relig. 11. 7. L. 1. Cod. de sep. viol. 9. 19. cf. L. 24. 62. §. 1. L. 70. D. h. t. L. 39. §. 3. D. de evict. 21. 2. §. 5. J. h. t. [u] L. 35. §. 2. D. h. t. cf. Cod. quae res venire non possunt et qui emere vel vendere vetantur. 4. 40. L. 62. pr. D. h. t. L. un. Cod. de contract. iud. 4. 53.

hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio; β) ob vollends auch einem der Contrahenten die Preisbestimmung überlassen seyn könne (not. h.)? Dagegen nach R. R. L. 35. §. 1. cit. Illud constat, imperfectum esse negotium, quum emere volenti sic venditor dicit: *quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emtum.* L. 13. cit. In vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, nulla obligatio est; nicht entscheidend dafür L. 22. §. 1. D. de R. J. Generaliter probandum est, ubicumque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse. cf. L. ult. Cod. h. t. Daher Thöl a. a. O. §. 64. „Ein zu unbedingtes Einverständniß mit dem Preis, den der Käufer bieten will, bindet den Verkäufer nicht." Allein anders stellt sich die Sache nach heutigem Recht (§. 232.). Vgl. Seuffert §. 322. not. 9. „Soll die Bestimmung des Preises überhaupt nach dem arbitrium boni viri geschehen oder von einem der Contrahenten ausgehen, so ist kein Kauf, sondern aliud genus contractus vorhanden, nämlich nach heutigem Recht ein vollkommen wirksames Consensualgeschäft ohne technische Bezeichnung" (pactum de emtione venditione contrahenda?).

[4] Der Kauf eines Inbegriffs für einen Gesammtpreis heißt emtio in aversione oder per aversionem (not. o. cf. L. 1. §. 15. D. de exerc. act. 14. 1. L. 10. §. 2. D. de lege Rhod. 14. 2.), Kauf in Bausch und Bogen, verschieden von dem gleichzeitigen Kauf mehrerer Sachen mit gesonderter Preisbestimmung.

[5] Zu unterscheiden ist emtio spei oder der Hoffnungskauf, und emtio rei speratae; die letzte ist abhängig von dem Daseyn solcher Sachen, welche beim Kauf in Aussicht gestellt waren, die erste nicht. not. q.

[6] L. 4. D. h. t. Et liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emtio intelligitur, si ab ignorante emitur: L. 5. eod. „quia difficile dignosci potest liber homo a servo." — §. 5. J. h. t. Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis sciens emit; quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex emto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, deceptum non esse (L. 62. §. 1. h. t. „quod interfuit eius, ne deciperetur"). L. 70. eod. Liberi hominis emtionem contrahi posse, plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat. Quod idem placet, etiam si venditor sciat, emtor autem ignoret. cf. L. 39. §. 3. D. 21. 2. „... qui liberum hominem sciens vel ignorans tamquam servum vendat, evictionis nomine tenetur." Es fragt sich hiernach a) ob, was vom Verkaufe einer freien Person gesagt ist, überhaupt vom Verkaufe einer res extra commercium gelte? und wenn nicht, ob b) im letzten Falle der unwissende Käufer gegen den wissenden Verkäufer Anspruch auf das ganze Interesse (id quod eius interest, rem emtam habere) oder nur auf Ersatz des durch den Betrug ihm zugefügten Schadens (id quod eius interest, se deceptum non esse) habe? In beiden Beziehungen wird, und zwar eben so auch für den Fall der Note 8, die beschränkende Ansicht neuerdings

vertheidigt von Mommsen Beitr. I. S. 118. fg. Windscheid in der Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 116. fg.

§. 301.

β) Schließung des Vertrags.

Der Kauf ist geschlossen (perfecta emtio), sobald die Contrahenten über Gegenstand und Preis einig geworden, es sey denn der Vertrag noch von einer Bedingung abhängig gemacht [a]. Ein Aufschub der Vollendung des Vertrags ergibt sich aber 1) wenn der Kauf unter Vorbehalt einer Prüfung und Billigung der Waare durch den Käufer geschlossen ist [b], emtio ad gustum, Handel auf Besicht, zu unterscheiden von dem Falle, wenn die Auflösung des Vertrags später zu erklärender Mißbilligung des Käufers überlassen ist [c], sog. Kauf auf Probe [1]; 2) wenn der Preis nach Maß, Gewicht oder Zahl des Gegenstandes bestimmt ist [d], sowie 3) wenn der Gegenstand selbst in solcher Weise bestimmt [e] und darnach erst aus einem Ganzen auszuscheiden ist [2].

Einer besondern Form bedarf es zur Abschließung des Kaufes regelmäßig nicht [3]; ist schriftliche Abfassung verabredet, so ist der Regel nach (§. 232) die Vollendung des Vertrags durch Vollendung der betreffenden Urkunde bedingt [f].

Es kann übrigens auch eine Verpflichtung zur Abschließung eines Kaufvertrags bestehen, deren Nichterfüllung eine Klage auf Ersatz des Interesse erzeugen kann. So namentlich vermöge des sog. pactum de retrovendendo, wodurch sich der Käufer einer Sache zu deren Rückverkauf an den Verkäufer, oder des pactum de retroemendo, wodurch sich der Verkäufer zum Rückkauf derselben Sache verpflichtet hat [g]. Eine beschränkte Verpflichtung dieser Art wird durch das einem Andern zustehende ius protimiseos, Vorkaufrecht, begründet, kraft dessen dieser, wenn der Verpflichtete verkaufen will, verlangen kann, daß derselbe vor andern ihm verkaufe [h].

[a] L. 9...15. D. h. t. cf. L. 7. eod. [b] L. 34. §. 5. D. h. t. L. 1. pr. 4. pr. §. 1. D. periculo. 18. 6. cf. §. 4. J. h. t. cf. L. 20. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. [c] L. 3. D. h. t. L. 6. D. de rescind. vend. 18. 5. [d] L. 35. §. 5. 6. D. h. t. L. 1. §. 1. L. 4. §. 1. D. de peric. 18. 6. [e] L. 34. §. 5. L. 35. §. 7. D. h. t. [f] pr. J. h. t. L. 17. Cod. de fide instrum. 4. 21. [g] L. 12. D. de praescript. verb. 19. 5. L. 2. Cod. de pact. int. emt. et vend. 4. 54. [h] L. 75. D. h. t. 18. 1. L. 21. §. 5. D. de act. emti. 19. 1. L. 122. §. 3. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 7. 8. D. de in diem add. 18. 2. vgl. §. 197.

Anm. [1] Mit der Bezeichnung „Kauf auf Probe" wird nicht allgemein dieſer beſtimmte Begriff verbunden. Verſchieden davon iſt noch der Kauf nach Proben, wie der Kauf zur Probe. Vgl. (Heiſe und) Cropp, jur. Abh. I. 12. „vom Handel auf Beſicht." I. 13. „vom Handel nach Probe." Thöl, Handelsrecht. §. 71. 72. Heſſe, über den Kauf nach vorgezeigten Proben, in Linde's Ztſchr. n. F. III. 4. Seuffert's Arch. I. 337. II. 169. III. 46. IV. 78. V. 129. 154. VI. 27. VII. 304.

[2] L. 35. §. 5. D. h. t. In his, quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa, adnumeratave sint. Nam si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem iuris est, quod in ceteris rebus. Quodsi vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulas metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emtio perfici? quod similiter scilicet quaeritur et de his, quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emtionem existimant, quum adnumerata, admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulas metretas aut in singulos modios, quos quasve admensus eris, aut in singulas libras, quas adpenderis, aut in singula corpora, quae adnumeraveris (*emtio perficiatur?*). §. 6. Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit; si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus. §. 7. Sed et si ex doliario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est, quod et constare videtur, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere; nec interest, unum pretium omnium centum metretarum insimul dictum sit, an in singulas eas. Vgl. §. 300. Anm. 4.

[4] Ueber Verkauf durch Verſteigerung vgl. §. 231. Anm. 4.

b) Wirkungen des Kaufvertrages.

a) Beim Kauf von Sachen.

§. 302.

aa) Im Allgemeinen.

Der Kaufvertrag erzeugt gegenſeitige Verbindlichkeiten des Käufers und Verkäufers, deren Erfüllung dieſer durch die actio venditi, beziehungsweiſe jener durch die actio emti erwirken kann[3].

[3] Dig. de actionibus et venditi. 19. 1. Cod. 4. 49.

1) Die Verbindlichkeit des Verkäufers beſteht zunächſt darin [b], daß er die verkaufte Sache dem Käufer überliefere, ſo daß ihm der Beſitz und Genuß derſelben geſichert bleibe [l]. Er hat mit der Hauptſache auch deren Zubehör [c], und, was ſeit Abſchluß des Kaufes als Zuwachs hinzugekommen, commodum rei [d], zu erſtatten. Bis zur Ueberlieferung der Sache iſt er zu aller Sorgfalt in Anſehung derſelben verpflichtet [e], und haftet überhaupt wegen des Schadens, den er in Beziehung auf das Geſchäft durch Dolus oder Culpa dem Käufer verurſacht [f].

2) Der Käufer iſt verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen, nebſt Zinſen von der Zeit an, da ihm die Sache überliefert worden [g], auch die ſeit Abſchluß des Kaufes vom Verkäufer auf die Sache gemachten nothwendigen und nützlichen Verwendungen zu erſetzen [h]. Dieſe Verbindlichkeiten hat der Käufer auch dann zu erfüllen, wenn ſeit dem Kaufe durch Zufall, d. i. ohne Verſchulden des Verkäufers, die Sache zu Grunde gegangen oder verſchlechtert oder dieſer ſonſt außer Stand geſetzt iſt, dieſelbe zu überliefern [i]. Bei bedingtem Kaufe jedoch trägt der Käufer zwar die Gefahr der Verſchlechterung, nicht aber auch, ſo lange die Bedingung ſchwebt, die Gefahr des Untergangs der Sache [k]. Iſt nach Maß, Zahl oder Gewicht verkauft worden, ſo trifft den Käufer ſelbſt nicht die Gefahr der Verſchlechterung, bis die Zumeſſung geſchehen, es ſey denn dieſe durch ſeine Schuld verzögert worden [l]. Auch ergibt ſich bei dem Kaufe auf Billigung oder Beſicht von ſelbſt, daß der Käufer nicht die Gefahr der Verſchlechterung zu tragen braucht [m]. Er haftet übrigens ebenfalls für Dolus und Culpa [2].

Anm. [1] Ob die Abſicht auf Eigenthumsübertragung ausgeſchloſſen ſey? vgl. a) L. 16. D. de cond. causa dat. 12. 4. (Celsus). Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob

[b] L. 11. §. 2. L. 30. §. 1. D. h. t. cf. L. 25. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. [c] L. 13. §. 31. L. 14...18. 38. §. 2. D. h. t. L. 47...49. D. de contrah. emt. 18. 1. (§. 54.) [d] L. 13. §. 10. 11. 13. D. h. t. L. 7. pr. D. de periculo. 18. 6. L. 16. Cod. h. t. L. 4. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 80. pr. D. de furt. 47. 2. (§. 253.) [e] L. 5. §. 2. D. commod. 13. 6. L. 35. §. 4. D. de contrah. emt. L. 1. §. 1. L. 3. D. de periculo. §. 3. J. h. t. [f] L. 9. 41. §. 1. D. h. t. [g] L. 11. §. 2. L. 13. §. 19...21. D. h. t. L. 5. 6. Cod. h. t. L. 18. §. 1. D. de usur. 22. 1. [h] L. 13. §. 22. D. h. t. L. 13. 16. Cod. h. t. [i] Dig. de periculo et commodo rei venditae. 18. 6. Cod. 4. 48. §. 3. J. h. t. 3. 23. [k] L. 8. D. l. c. §. 71. Anm. 2. [l] L. 5. D. l. c. L. 2. Cod. eod. L. 35. §. 7. D. de contrah. emt. §. 301. Anm. 2. [m] L. 34. §. 5. D. l. c. L. 4. pr. §. 1. D. de periculo. 18. 6.

rem dati re non secuta? In quod proclivior sum; et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. b) L. 80 §. 3. D. h. t. 18. 1. Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat. c) L. 30. §. 1. D. h. t. 19. 1. (African.) Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur, utiliter me ex emto acturum putavit in id, quanti mea intersit, meam esse factam; quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emtori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam non suam ignoranti vendidit. cf. L. 9. 41. §. 1. D. de evict. 21. 2. (§. 303. Anm. 7.). d) Vat. fragm. §. 12. (Pap.) Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emtor restituere non cogetur, tametsi maxime fideiussores evictionis offerantur, cum ignorans possidere coeperit. Nam usucapio frustra complebitur anticipata lite, nec oportet evictionis securitatem praestari *(praestolari?)*, cum in ipso contractus limine dominii periculum immineat. cf. L. 18. §. 1. D. de per. 18. 6. (Pap.) Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emtor solvere non cogetur, *nisi* fideiussores idonei a venditore eius evictionis offerantur. L. 24. Cod. de evict. 8. 45. Nach heutigem Recht, nach welchem ſchon jede mala fides superveniens die Erſitzung ausſchließt (§. 160.), erhalten dieſe Stellen conſequent noch eine weitergreifende Anwendung.

[2] Ueber das periculum emtoris vgl. §. 275. Anm. 1. Mommſen Beitr. I. S. 329. fg. Im Fall des Kaufes nach Maß, Zahl oder Gewicht (not. l.) ſpricht dieſer Schriftſteller den Käufer von dem periculum deteriorationis nur dann frei, wenn der Kaufgegenſtand darnach beſtimmt iſt (§. 301. not e.) nur „alle Gegenſtände, aus denen der zu liefernde entnommen werden ſoll, deteriorirt ſind", indem er dieſen Kauf ſchlechthin einem bedingten gleichſtellt. Beide Beſchränkungen ſind zu verwerfen. Vgl. §. 301. Anm. 2. und L. 2. Cod. de per. 4. 48. Quum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione, periculum vini mutati emtoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit. Quum autem universum, quod in horreis erat positum, venisse sine mensura et claves emtoribus traditas allegas, post perfectam venditionem, quod vino mutato damnum accidit, ad emtorem pertinet. Haec omnia locum habent non solum, si vinum, sed etiam si oleum vel frumentum vel his similia venierint et ea aut deteriora (*deteriorata*) aut penitus corrupta fuerint. Vgl. auch Windſcheid a. a. O. S. 137. not 21. Gleichwohl aber: et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet. L. 1. §. 1. L. 2. §. 1. D. h. t. 18. 6.

§. 303.

bb) Verbindlichkeit wegen Entwährung.

Der Verkäufer iſt nicht nur verpflichtet, dem Käufer die Sache zu überliefern, er haftet auch dafür, daß derſelbe ſie kraft des Kaufes

behalten könne (ut emtori rem habere liceat); er muß ihm daher Ersatz leisten, wenn sie ihm durch einen Andern rechtlicher Weise abgestritten (evincirt) wird [a]. Voraussetzung dieser Verbindlichkeit zur Evictionsleistung [1] ist, daß dem Käufer der Gegenstand des Kaufes [b], ganz oder zum Theil [2], im Wege rechtmäßigen gerichtlichen Verfahrens [c] vermöge eines in die Zeit des Kaufes zurückreichenden Rechtsgrundes [d] abgestritten sey [3]. Sie tritt nicht ein, wenn die Sache durch eine Verfügung der Staatsgewalt [e] oder durch Gewaltthat [f] oder durch ungerechten Richterspruch [g] dem Käufer entzogen oder ohne richterliches Urtheil abgegeben [h] oder vor der Entwährung zu Grunde gegangen ist [i], sowie auch, wenn jener durch seine Schuld den Rechtsstreit verloren [k], und insbesondere, wenn er ohne Entschuldigungsgrund es unterlassen hat, dem Verkäufer, beziehungsweise dessen Erben, von dem erhobenen Rechtstreit zu gehöriger Zeit Kunde zu geben (litem denunciare [l]), er vermöchte denn darzuthun, daß dieses für den Erfolg unerheblich gewesen wäre [4]. Die Verbindlichkeit fällt außerdem weg, wenn der Verkauf zum Zweck des Spiels geschehen ist, um dazu dem Verkäufer Geld zu verschaffen [m], wenn die Sache als eine der Gefahr der Entwährung unterworfene [5] gekauft [n], oder die Haftung dafür durch besondere Verabredung [6] ausgeschlossen ist [o].

Der Inhalt der Leistung, welche wegen erlittener Entwährung [7] schon nach der Natur des Vertrags durch die actio emti gefordert werden kann, bestimmt sich durch das Interesse des Käufers [p], unter Berücksichtigung einerseits der Werthminderung [q], andererseits der Accessionen [r] und der Wertherhöhung der Sache, jedoch mit der Beschränkung, daß die letzte, abgesehen von den auf die Sache gemachten Verwendungen, nicht über das Doppelte des Kaufpreises berechnet werden soll [s]. Es kann aber auch für den Fall der Entwährung eine bestimmte Summe versprochen werden [8]. Alsdann

[a] Dig. de evictionibus et duplae stipulatione. 21. 2. Cod. de evictionibus. 8. 45. [b] L. 1. D. h. t. L. 47. eod. [c] L. 16. §. 1. L. 34. §. 1. 2. eod. [d] L. 27. 28. L. 34. pr. eod. L. 1. Cod. de periculo. 4. 48. [e] L. 11. pr. D. h. t. [f] L. 17. Cod. de act. emti. 4. 49. [g] L. 51. pr. D. h. t. [h] L. 56. §. 1. eod. L. 17. Cod. h. t. [i] L. 21. pr. §. 1. D. eod. [k] L. 55. pr. L. 63. §. 2. L. 66. pr. eod. cf. L. 29. §. 1. eod. L. 56. §. 3. eod. L. 8. Cod. h. t. [l] L. 53. §. 1. L. 55. §. 1. L. 56. §. 5. 6. L. 62. §. 1. D. eod. L. 8. 9. 23. Cod. eod. cf. L. 63. pr. D. eod. [m] L. 2. §. 1. D. quar. rer. actio. 44. 5. [n] L. 27. Cod. h. t. [o] L. 11. §. 8. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 68. pr. D. h. t. [p] L. 8. 60. 67. eod. L. 6. 17. 23. Cod. h. t. [q] L. 70. D. eod. [r] L. 8. 16. pr. eod. [s] L. 43...45. §. 1. D. de act. emt. 19. 1. L. 9. Cod. h. t.

kann der Verkäufer vermöge des Verſprechens, wenn die ganze Sache entwährt wird, auf Zahlung dieſer Summe belangt werden, wenn aber nur ein Theil der Sache entwährt wird, nur auf Zahlung des entſprechenden Theils der Summe [1], welcher bei Entwährung eines reellen Theils der Sache nach dem Verhältniß deſſen Werthes zum Werthe des Ganzen zur Zeit des Kaufes zu bemeſſen iſt [2].

Anm. [1] Eine Verbindlichkeit zur Evictionsleiſtung kann auch in andern Fällen vorkommen, wo eine Verbindlichkeit zur Gewährung eines Vermögensgegenſtandes begründet iſt, z. B. beim Tauſch (§. 308.), beim Vergleich (§. 269.) rückſichtlich der zur Abfindung gegebenen Sache (L. 34. Cod. de transact. 2. 4.; ſtreitig, ob auch der Schenker zur Evictionsleiſtung verpflichtet ſey? vergl L. 18. §. 3. D. de donat. 39. 5. L. 2. Cod. h. t. 8. 45. cf. Pauli sentt. V. 11. §. 5. L. 45. §. 1. 2. L. 46. D. de legat. I. L. 29. §. 3. D. de legat. III. Thibaut civ. Abh. Nr. 4. Bang. III. §. 610. Anm. 2. — Ueberhaupt vgl. Glück Bd. 20. §. 1117...1119. Eine neue Bearbeitung dieſer Lehre: K. C. Müller, d. L. des R. Rts von der Eviction, Thl. I. Halle 1851.

[2] Als ein Fall theilweiſer Entwährung wird es auch angeſehen, wenn gegen den Käufer der Nießbrauch an der Sache erſtritten wird. L. 66. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 15. §. 1. L. 39. §. 5. L. 49. D. h. t. cf. L. 38. §. 3. D. de V. O. 45. 1. Streitig aber iſt es, inwiefern auch wegen Erſtreitung einer Grunddienſtbarkeit an der Sache Evictionsleiſtung ſtattfinde? Vgl. a) L. 90. 126. 169. D. de V. S. L. 48. D. h. t. b) L. 1. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. L. 69. §. 5. D. h. t. c) L. 59. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 75. D. h. t. Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite secutae sunt, et vindicentur ab alio, Qu. Mucius et Sabinus existimant venditorem ob evictionem teneri non posse; nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure, quod tacite soleat accedere, nisi, *ut optimus maximusque esset*, traditus fuerit fundus; tunc enim liberum ab omni servitute praestandum. Si vero emtor petat viam vel actum, venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit, accessurum iter vel actum; tunc enim teneri eum, qui ita dixerit. d) L. 15. §. 1. D. h. t. Si usus-fructus evincatur, pro bonitate fructuum aestimatio facienda est. Sed et si servus evincatur, quanti minoris ob id praedium est, lis aestimanda est. (Cuiac. obs. II. 20. emend. *Sed et si servitus. ev. etc.*) L. 61. D. de aed. ed. 21. 1. Quoties de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanti minoris emisset emtor, si sciisset hanc servitutem impositam. — Bang. III. §. 610. Anm. 3. Müller a. a. O. S. 185. fg. — Uebrigens kann auch die Eviction eines Erzeugniſſes oder anderer Acceſſionen die Verbindlichkeit zur Evictionsleiſtung begründen. L. 8. D. h. t. Die ſcheinbar widerſprechenden L. 42. 43. eod. erklären ſich durch die ſtrenge Natur der duplae stipulatio (Anm. 8.).

[3] Ein Evictionsanſpruch kann dem Käufer entſtehen ſowohl wenn er als

[1] L. 64. D. eod. cf. L. 1. 13. 14. 56. pr. 74. eod.

Kläger, als wenn er als Beklagter im Rechtſtreit unterliegt, vorausgeſetzt im erſten Falle, daß er ohne ſeine Schuld in die Lage verſetzt iſt, klagen zu müſſen; er entſteht auch dann, wenn der Käufer anſtatt der Herausgabe der abgeſtrittenen Sache deren Geldwerth (litis aestimationem) gezahlt hat; nicht auch, wenn das die Sache aberkennende Urtheil nicht zur Vollziehung kommt. L. 16. §. 1. D. h. t. Duplae stipulatio committi dicitur tunc, quum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emtore conventus absolutus est. cf. L. 21. §. 2. L. 29. §. 1. D. h. t. L. 57. pr. §. 1. eod. — Die Entwährung kann übrigens nicht bloß durch dingliche Klagen (auch durch die Pfandklage, L. 35. D. h. t., auch in Folge einer in int. restitutio, L. 39. pr. L. 66. §. 1. eod.), ſondern auch durch perſönliche Klagen herbeigeführt werden, z. B. eine Theilungsklage, L. 34. §. 1. eod., eine Noxalklage, L. 11. §. 12. D. de act. emti. 19. 1.; ob auch durch Beſitzklage? L. 35. D. l. c. cf. L. 11. §. 13. eod. Vgl. Müller a. a. O. §. 17...22.

[a] So die gemeine Meinung, arg. L. 53. §. 1. D. h. t. Si, quum posset emtor auctori denuntiare, non denuntiasset, idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse. Weiter noch geht die Nachſicht gegen den Käufer im Fall der L. 11. §. 12. D. 19. 1.... sive defendat noxali iudicio, sive non, quia manifestum fuit, noxium servum fuisse, nihilominus vel ex stipulatu vel ex emto agere posse.

[b] Dieß iſt der Fall, wenn der Käufer wußte, daß die Sache eine fremde ſey, er hätte ſich denn ausdrücklich Evictionsleiſtung verſprechen laſſen. not. n. cf. L. 7. Cod. commun. utr. iud. 3. 38. Bang. S. 325 fg. — Singuläre Beſtimmungen wegen Erſatz des Kaufpreiſes in L. 3. §. 4. Cod. commun. de legat. 6. 43. und nov. 7. cap. 5.

[c] Ein ſolches pactum de non praestanda evictione ſchließt freilich die Haftung wegen Dolus nicht aus. Dagegen iſt die früher herrſchende Meinung, daß daſſelbe auch den redlichen Verkäufer nicht von Rückerſtattung des Kaufpreiſes befreie (bekämpft von J. H. Böhmer, vindiciae iuridicae pacti de non praest. evict. contra communes errores, Hal. 1735; vgl. deſſen Exercitat. ad pand. IV. 61. und praef.), jetzt faſt allgemein aufgegeben. Glück XX. S. 300. fg. Bang. a. a. O. Anm. 4. Die entſcheidende Stelle iſt L. 11. §. 18. D. de act. emti. 19. 1. Qui autem *habere licere* (Hal. *h. l. promittens*) vendidit, videamus, quid debeat praestare? Et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur, per se venientesque a se personas non fieri, quominus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat; proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex emto non tenebitur. Sed Iulianus libro 15. Digest. scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet, per se heredemque suum non fieri (Flor. *teneri*), quominus habere liceat, posse defendi, ex emto eum in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest, verumtamen, ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum, etsi aperte in venditione comprehendatur.

nihil evictionis nomine praestitum iri, pretium quidem deberi re evicta utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem (Flor. *hac patitur conventione*), ut emtor rem amitteret et pretium venditor retineret, nisi forte, inquit, sic quis omnes istas suprascriptas conventiones recipiet (Hal. *si quis . . . recipiet*), quemadmodum recipitur, ut venditor nummus accipiat, quamvis merx ad emtorem non pertineat (vielleicht *perveniat?*), veluti quum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positis a venatore vel pantheram ab aucupe; nam etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit. Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, nisi forte sciens alienum vendit; tunc enim secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo fecit. In dem letzten Satze bessert Huschke in Linde's Ztschr. u. F. IV. S. 285. *si forte* statt *nisi forte*.

[7] Unter Umständen kann auch ohne wirkliche Entwährung ein gleicher Anspruch auf das Interesse entstehen. L. 9. 41. §. 1. D. h. t. Item si domino servi heres extiterit emtor, quoniam evinci ei non potest nec ipse sibi videtur evincere, non committitur duplae stipulatio. His igitur casibus ex emto agendum erit. — Anspruch auf das Interesse wegen wissentlichen Verkaufs einer fremden Sache: L. 30. §. 1. D. de act. emti. 19. 1.; auf Befreiung von Pfandrecht? L. 5. 24. Cod. h. t. Retention des Kaufpreises wegen drohender Eviction: L. 18. §. 1. D. de peric. 18. 6. L. 24. Cod. h. t. (§. 302. Anm. 1.) vgl. Seuffert's Arch. I. 49. 200. II. 27.

[8] Bei den Römern war es gewöhnlich, sich das Doppelte des Kaufpreises versprechen zu lassen, durch stipulatio duplae, und dieses Versprechen konnte bei werthvolleren Sachen sogar von Rechtswegen verlangt werden. L. 2. 37. D. h. t. Es entstand daraus eine actio ex stipulatu, die insbesondere actio de evictione hieß, eine stricti iuris actio, in Voraussetzungen und Wirkung strenger beschränkt, als die actio ex emto. Die Sätze des R. Rts aber, welche nur aus dieser strengen Natur der Klage sich ergeben, wie diejenigen, welche auf der Gewohnheit der duplae stipulatio beruhten, sind nicht mehr praktisch. Vgl. Müller a. a. O. §. 8...13. Inwiefern übrigens bei einem solchen Versprechen doch auch die Klage auf das Interesse stattfinde, ist nach der Regel des §. 211. zu beurtheilen.

[9] L. 64. D. h. t. (Papinian. lib. VII. quaest.) Ex mille iugeribus traditis ducenta flumen abstulit. Si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta, praestabitur; nam, quod periit, damnum emtori, non venditori, attulit. Si totus fundus, quem flumen deminuerat, evictus sit, iure non deminuetur evictionis obligatio, non magis, quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit; nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta. §. 1. Quod si modo terrae integro, qui fuerat traditus, ducenta iugera per alluvionem accesserunt, ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta sit, perinde pars quinta praestabitur, ac si sola ducenta de illis mille iugeribus, quae tradita

sunt, fuissent evicta, quia alluvionis periculum non praestat venditor. §. 2. Quaesitum est, si mille iugeribus traditis periissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset, ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset, pro qua parte auctor teneretur? Dixi, consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille iugerum neque quarta debeatur evictionis nomine, sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta; nam reliqua quadraginta, quae universo fundo decesserunt, pro rata novae regionis esse intelligi. §. 3. Ceterum quum pro diviso pars aliqua fundi evincitur, tametsi certus numerus iugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis praestatur evictio. §. 4. Qui unum iugerum (Hal. *un. iug. commune*) pro indiviso solum habuit, tradidit; secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam iugeri, quemadmodum si locum certum aut fundum similiter tradidisset. Cf. L. 1. D. eod. Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emtor in venditorem. Sed quum pars evincatur, si quidem pro indiviso evincatur, regressum habet pro quantitate evictae partis; quodsi certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi, pro bonitate loci erit regressus. Quid enim, si quod fuit in argo pretiosissimum, hoc evictum est, aut quod fuit in agro vilissimum? Aestimabitur loci qualitas, et sic erit regressus. Dagegen: L. 53. pr. eod. Si fundo tradito pars evincatur, si singula iugera venierint certo pretio, tunc non pro bonitate, sed quanti singula venierint, quae evicta fuerint, praestandum, etiamsi ea, quae meliora fuerunt, evicta sint. Vgl. Bang. a. a. O. Anm. 1. Reuſtetel im civ. Arch. VII. S. 214. fg. Der letzte emendirt in L. 64. §. 4. cit.: *sec. omn. sententias, si non t. d. t., sed p. d. iugeri, est, quemadm.* etc. Dagegen Bang. Anm. 1. a. E.

§. 304.

cc) Gewähr der Mängel der Sache.

Aus der Natur des Kaufvertrages ergibt ſich von ſelbſt, daß der Verkäufer ſowohl wegen des Mangels ausdrücklich oder ſtillſchweigend verſprochener Eigenſchaften [a] als wegen des Vorhandenſeyns abſichtlich verſchwiegener Fehler der Sache haftet [b]. Durch das Edict der Aedilen [c] aber iſt es Rechtſatz geworden [1], daß der Verkäufer überhaupt die Mängel der Sache dem Käufer anzeigen müſſe, wenn ſie nicht ohnehin offenbar ſind [d]. Im Fall ſpäterer Entdeckung nicht erſt ſpäter entſtandener [e] und nicht unerheblicher [f]

[a] L. 6. §. 4. L. 13. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. L. 17. §. 20. .. L. 19. §. 4. D. de aed. ed. 21. 1. cf. L. 43. pr. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. [b] L. 11. §. 3. 5. L. 13. pr. §. 1. D. de act. emti. cf. L. 43. §. 2. D. de contrah. emt. L. 39. D. de act. emti. L. 14. §. 9. D. de aed. ed. 21. 1. [c] Dig. de aedilitio edicto. 21. 1. Cod. de aedilitiis actionibus. 4. 58. [d] L. 14. §. 10. D. h. t. cf. L. 51. eod. [e] L. 54. eod. cf. L. 16. eod. [f] L. 1. §. 8. eod.

Mängel der Sache [g], ſie mögen [h] dem Verkäufer bekannt geweſen ſeyn oder nicht [2], ſoll der Käufer die Wahl haben [i], entweder verhältnißmäßige Minderung des Kaufpreiſes oder auch Zurücknahme der Sache und Rückerſtattung des ſchon gezahlten Preiſes mit Zinſen und Intereſſe zu verlangen [3]; das erſte mittels der ſog. Minderungsklage (actio quanti minoris, iudicium aestimatorium), das letzte durch die ſog. Wandelklage (actio redhibitoria, iudicium redhibitorium); das erſte intra annum utilem, das letzte nur intra sex menses utiles [k]. Ziel der letzten Klage iſt für beide Theile Wiederherſtellung des Zuſtandes vor dem Verkaufe [l], jedoch nicht mit der Wirkung einer auflöſenden Bedingung [m]; aber auch die erſte Klage kann denſelben Erfolg haben [n], wenn der Fehler, und daher die Preisminderung ſehr bedeutend iſt [4]. Wegen verſchiedener Fehler kann mehrmals geklagt werden, ſo lange Redhibition nicht ſtattgefunden hat [o]. Durch den Verluſt der Sache [p] gehen die einmal begründeten Anſprüche nicht verloren [5].

Anm. [1] Das Edict der Aedilen bezog ſich unmittelbar nur auf den Verkauf von Sklaven und Thieren; es beſtimmte: a) nach L. 1. §. 1. D. h. t. *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit, eademque omnia, cum ea mancipia veneunt, palam ac recte pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset, quod eius (nomine) praestari oportere dicetur, emtori omnibusque, ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emtoris opera, familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emtorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, ive arenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto; ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus.* b) nach L. 38. pr. eod. *Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emtoribus tradentur* (Hal. *tradentur*).

[g] L. 33. eod. [h] L. 1. §. 2. eod. [i] L. 1. §. 1. L. 38. pr. D. h. t. cf. L. 23. §. 7. et sq. L. 27. 29. 31. pr. 57. 59. pr. eod. [k] L. 19. §. 6. L. 55. eod. cf. L. 48. §. 2. eod. [l] L. 23. §. 1. 7. L. 60. eod. [m] L. 43. §. 8. eod. L. 4. pr. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. [n] L. 43. §. 6. D. h. t. L. 25. §. 1. D. de exc. rei iud. 44. 2 [o] L. 31. §. 16. L. 48. §. 7. D. h. t. cf. L. 25. §. 1. cit. [p] L. 44. §. 2. L. 47. §. 1 L. 48. pr. D. h. t.

Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemtis faciendis in sex mensibus, vel quanto minoris, cum venirent, fuerint, in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint, et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur; dazu L. 38. §. 5. eod. *Quae de iumentorum sanitate diximus, de cetero quoque pecore omni venditores faciunto.* (Ueber das Verhältniß dieſes Edicts zum Civilrecht vgl. Reuſtetel's (und Zimmern's) Abh. Nr. 9., und dagegen Unterholzner im civ. Arch. VI. 8. S. 60. fg. Herm. Keller in Sell's Jahrb. III. S. 86. fg.) Die Hauptbeſtimmung deſſelben iſt aber auch auf den Verkauf andrer, beweglicher wie unbeweglicher, Sachen angewendet worden, L. 1. pr. L. 63. eod. cf. L. 13. pr. L. 49. eod. L. 4. Cod. h. t.; auch auf den Tauſch, L. 19. §. 5. D. eod. L. 2. D. de permutat. 19. 4.; nicht auf die Schenkung und andere Rechtsgeſchäfte, L. 62. 63. D. h. t. Ausgenommen von der Regel ſind fiscaliſche Veräußerungen. L. 1. §. 3. eod. Vgl. überhaupt Bang. §. 609. Sint. §. 116.

[2] Beſtritten iſt dieſes bezüglich des Verkaufes lebloſer Sachen von Buſch im civ. Arch. XXVI. 9. Dagegen Keller a. a. O. Bang. a. a. O.

[3] Die früher herrſchende Anſicht unterſchied ſog. Hauptmängel und Nebenmängel; wegen der letzten ſollte nur die Minderungsklage, nur wegen der erſten die Wandelklage ſtattfinden. Dagegen Feuerbach civ. Verſ. Nr. 2. — Eine Beſchränkung der Redhibition enthält L. 48. §. 8. D. h. t. Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est. — Ueber den Einfluß der Fehlerhaftigkeit einzelner von mehrern zuſammengekauften Sachen und theilweiſe Redhibition vgl. Geſterding in Linde's Ztſchr. VI. S. 42. fg. Seuffert's Arch. IV. 24.

[4] L. 25. §. 1. D. de exc. rei iud. Est in potestate emtoris, intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea, quae datur, quanti minoris homo, quum veniret, fuerit; nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor emturus non fuerit. Auch die actio emti auf das Intereſſe, z. B. wegen Dolus, kann Redhibition herbeiführen. L. 11. §. 3. D. de act. emti. Redhibitionem quoque contineri emti iudicio, et Labeo et Sabinus putant et nos probamus. Bang a. a. O.

[5] Vgl. Geſterding a. a. O. S. 34. fg. Ueber den Einfluß von Verfügungen des Käufers über die Sache: Seuffert's Arch. II. 24. 170. III. 27. 28. V. 269.

[6] Ohne practiſche Bedeutung für uns iſt a) die auf römiſche Gebräuche ſich beziehende, auch rückſichtlich ihrer Bedeutung ſtreitige Beſtimmung des Edicts in Betreff der ornamenta (Anm. 1. b.); vgl. Bang. a. a. O. Sint. §. 116. Not. 90.; b) die Beſtimmung über duplae stipulatio wegen Gewähr der Mängel: L. 28. 31. §. 20. D. h. t. L. 11. §. 4. D. de act. emti. 19. 1. L. 14. Cod. eod. 4. 49. vgl. §. 303. Anm. 8.; c) die Möglichkeit einer condemnatio in duplum in Folge der redhibitoria actio, L. 45. D. h. t. vgl. §. 252; d) die ſolidariſche Haftung von Sklavenhändlern, L. 44. §. 1. D. h. t.

§. 305.

β) Bei andern Kaufgegenständen.

Die Verbindlichkeiten des Käufers und Verkäufers, wenn der Kauf etwas anderes als körperliche Sachen zum Gegenstande hat, sind analog nach den Regeln der §§. 302—304. zu bestimmen, so weit diese nach der besondern Natur des Gegenstandes anwendbar sind. So z. B. muß der Verkäufer eines dinglichen Rechts dem Käufer die gesicherte Ausübung dieses Rechts gewähren und wegen Abstreitung desselben nach §. 303. Ersatz leisten [a]; auch kann wegen eines Mangels der Sache der §. 304. Anwendung finden, z. B. beim Verkauf des Nießbrauches oder der Emphyteuse. Der Verkäufer einer Forderung haftet regelmäßig für wirksame Uebertragung derselben, für deren Daseyn und Klagbarkeit, nicht auch für Zahlungsfähigkeit des Schuldners [b]. Der Verkäufer eines Vermögensinbegriffs, z. B. einer Erbschaft, hat dem Käufer den gesammten Vortheil des Vermögens zu überlassen, also alle dazu gehörenden Sachen und Rechte zu übertragen, gegen Uebernahme der darauf haftenden Verbindlichkeiten [c]; er haftet auch nach §. 303., wenn dem Käufer das Vermögen als Ganzes oder ein aliquoter Theil desselben rechtlicher Weise entzogen wird [d], nicht aber auch wegen Entwährung einzelner vermeintlich, und eben so wenig wegen mangelhafter Beschaffenheit wirklich dazu gehörender Sachen, es sey denn wegen Dolus oder vermöge besondrer Zusage [e]. Bei dem Hoffnungskaufe ist der Verkäufer nur verpflichtet, zu thun, was von ihm erwartet werden mußte, damit die Hoffnung sich verwirklichen könne, und nichts zu deren Vereitelung zu thun; dann aber kann er den Preis fordern, wenn auch die Hoffnung sich als eitle erweist [f].

§. 306.

c) Nebenverträge beim Kauf.

Die regelmäßigen Wirkungen des Kaufvertrages können durch Verabredung (pacta adiecta), wie bei andern Verträgen, beliebig

[a] L. 10. 46. §. 1. D. de evict. 21. 2. cf. L. 8. §. 2. D. de periculo. 18. 6. [b] L. 74. §. 3. D. de evict. 21. 2. L. 4. 5. D. de hereditate vel actione vendita. 18. 4. [c] L. 2. §. 1. sq. D. l. c. [d] L. 13. 16. D. l. c. [e] L. 2. pr. L. 14. §. 1. L. 15. D. l. c. L. 1. Cod. de evict. 8. 45. L. 33. D. de aed. ed. 21. 1. [f] L. 7...12. D. de her. v. act. vend. 18. 4. L. 8. D. de contrah. emt. 18. 1.

abgeändert werden [a], z. B. in Betreff der Ueberlieferung der Sache, der Zahlung oder Verzinſung des Preiſes, der Gefahr der Sache u. ſ. w., überall jedoch mit der Beſchränkung, daß dadurch nicht die Unredlichkeit eines Contrahenten im Voraus genehmigt wird [b]. Beſondere Nebenverträge, die gerade beim Kaufe vorzüglich vorkommen, ſind namentlich 1) die addictio in diem und die lex commissoria (§. 249.); 2) das ſogenannte pactum reservati dominii, wodurch ſich der Verkäufer bis zur Zahlung des Kaufpreiſes das Eigenthum der Sache (§. 145. Anm. 5.), und das pactum hypothecae, wodurch er ſich ein Pfandrecht daran vorbehält; 3) das ſog. pactum de retrovendendo oder de retroemendo, und das pactum protimiseos (§. 301.).

§. 307.

d) Aufhebung des Kaufes [a].

Der geſchloſſene Kauf kann nicht nur durch beiderſeitige Einwilligung (§. 267.), ſondern aus verſchiedenen Gründen auch wider Willen des einen oder andern Contrahenten rückgängig gemacht werden (§. 304. 306.). Insbeſondere kann dieſes auch, und zwar mittels der actio emti oder venditi, geſchehen, wenn der Käufer oder Verkäufer durch eine Unredlichkeit des andern oder durch Zwang zur Abſchließung des Kaufes vermocht worden iſt [b]. Dem Verkäufer aber iſt, auch ohne Vorausſetzung einer Unredlichkeit des Käufers, das Recht gegeben [c], ſchon deswegen, weil der Kaufpreis nicht einmal die Hälfte des wahren Werthes der Sache erreicht, d. i. wegen ſog. laesio enormis oder ultra dimidium, Aufhebung des Vertrages zu verlangen, falls nicht der Käufer bereit iſt, den Kaufpreis bis zum wahren Werthe zu erhöhen.

Anm. L. 2. Cod. h. t. (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Lupo.) Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel, pretium te restituente emtoribus, fundum venditum recipias, auctoritate iudicis intercedente, vel, si emtor elegerit, quod deest iusto pretio accipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec

[a] L. 11. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. Cod. de pactis inter emtorem et venditorem compositis. 4. 54. [b] L. 23. D. de R. J. (§. 250.) cf. L. 14. §. 1. D. de aed. ed. 21. 1. L. 11. §. 18. L. 39. D. de act. emti. 19. 1.

[a] Dig. de rescindenda venditione et quando liceat ab emtione recedere. 18. 5. Cod. de rescindenda venditione. 4. 44. quando liceat ab emtione recedere. 4. 45. [b] L. 1. 5. 10. Cod. h. t. (§. 61. 62.) cf. L. 3. D. de extraord. cogn. 50. 13. [c] L. 2. Cod. h. t. 4. 44. cf. L. 4...8. eod. L. 1. 4. 7. Theod. Cod. de contrah. emt. 4. 1.

dimidia pars veri pretii soluta est (a. p. Chr. 285.). Vgl. L. 22. §. 3. D. locati. 19. 2. Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est. L. 6. Cod. l. c. (Dioclet. et Max.) Non est probabilis causa, propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emtori, tamen invitus ad rescindendam venditionem urgeri non debet. L. 8. Cod. ibid. (Dioclet. et Max.) Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus ex calliditate atque insidiis emtoris argui debet, vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est.... nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emtori praestita servanda. — Die Bestimmung der L. 2. Cod. cit. ist durch constante Praxis nicht nur auf den Käufer, sondern auch auf andre gegenseitige Rechtsgeschäfte analog angewendet worden. Vgl. darüber und in Betreff der nähern Bestimmungen Glück XVII. S. 21. fg. Bang. §. 611. Seuffert §. 272. und dessen Arch. I. 45...47. 201. II. 275. 292. 356. III. 160. 161. 315...17. IV. 28. VI. 322. VII. 296. Diese Ausdehnung ist jedoch in neuerer Zeit von vielen theils schlechthin verworfen, z. B. Puchta §. 364. Sim. §. 116. not. 218., theils wenigstens, z. B. von Bang. a. a. O., als im A. R. nicht begründet erklärt worden. Dagegen hat sie neuerdings wieder vollkommen zu rechtfertigen versucht Chambon, Beitr. zum Obligationenrecht. S. 113...174. Uebereinstimmend damit ist das Oesterreich. bürg. Gesetzbuch §. 934. 35. Dagegen der Code Nap. art. 1674...85. gibt das fragliche Recht nur dem Verkäufer einer Immobilie, binnen zwei Jahren, während umgekehrt das Preuß. Lbrt. I. 11. §. 56...59. dasselbe dem Verkäufer abspricht, und nur zum Besten des Käufers, bei Verletzung über die Hälfte durch zu hohen Kaufpreis, die rechtliche Vermuthung eines den Vertrag entkräftenden Irrthums aufstellt. Diese Differenzen beweisen wohl, daß die fragliche Bestimmung überhaupt von sehr zweifelhaftem Werthe ist.

§. 308.

2) Der Tauschvertrag.

Tauschverträge kann man im weitern Sinn alle Verträge nennen, wodurch sich einer dem andern zur Leistung eines Gegenstandes als Entgeltung für einen von der Gegenseite zu leistenden Gegenstand verpflichtet. In diesem Sinn ist auch der Kauf ein Tauschvertrag, und zwar der häufigste und wichtigste. Im engern Sinn ist der Tauschvertrag derjenige, welcher beiderseits auf Leistung eines Gegenstandes (Sache gegen Sache) geht, der nicht ausschließlich

den Charakter des Preiſes oder der Waare an ſich trägt [a]. Nach heutigem Recht entſteht auch hier ſchon durch bloße Uebereinkunft eine vollkommen wirkſame gegenſeitige Obligatio, während nach römiſchem Rechte dafür die Eigenthümlichkeiten der unbenannten Verträge gelten [b]. Die Regeln über Entwährung (§. 303.) wie über Gewähr der Mängel (§. 304.) finden dabei analoge Anwendung [c].

§. 309.

3) Miethverträge.

Miethvertrag, locatio conductio [a], iſt ein Vertrag, wodurch einer dem andern gegen einen in Geld beſtimmten Preis (merces) die Benutzung eines Gegenſtandes zu gewähren oder gewiſſe Dienſte zu leiſten ſich verpflichtet. Das letzte kann entweder in der Art geſchehen, daß zu leiſtende Dienſte unmittelbar der Gegenſtand des Vertrages ſind, oder daß dieſes eine durch die Thätigkeit des Verpflichteten hervorzubringende Wirkung iſt. Im erſten Fall nennt man das Geſchäft locatio conductio operarum, Dienſtmiethe i. e. S., im letzten Fall locatio conductio operis, die man heutzutage paſſend als Verdingungsvertrag bezeichnet. Wenn dagegen der Vertrag auf Benutzung eines andern Gegenſtandes gerichtet iſt, ſo nennt man ihn locatio conductio rerum, in deutſcher Sprache Pacht, wenn es dabei auf den Bezug von Früchten oder ähnlichen Einkünften abgeſehen iſt, ſonſt Miethe. Die Leiſtung des einen Contrahenten aber beſteht überall in Zahlung eines Preiſes, wovon daſſelbe gilt wie vom Kaufpreiſe [b]; nur kann bei Verpachtungen der Preis auch in Früchten beſtimmt werden [c]. Im Allgemeinen iſt in allen dieſen Fällen Regel, daß beide Contrahenten für Dolus und Culpa haften [d]. Außerdem ſind die nähern Beſtimmungen verſchieden für die verſchiedenen Fälle. Geſchloſſen iſt übrigens der Vertrag, ſobald die beiden Theile über Gegenſtand und Preis einig geworden ſind; die locatio conductio gehört, wie die emtio venditio, ſchon nach römiſchem Recht zu den ſogenannten Conſenſualcontrakten [e].

[a] Dig. de rerum. permutatione. 19. 4. Cod. de rerum permutatione et praescriptis verbis. 4. 64. X. 3. 19. in 6to. 3. 10. Clem. 3. 4. [b] L. 1. §. 2...4. D. h. t. L. 1. 3. 5. Cod. h. t. L. ult. D. de cond. causa data. 12. 4. §. 232. 235. [c] L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. L. 19. §. 5. D. de aed. ed. 21. 1.

[a] Inst. de locatione et conductione. 3. 24. Dig. locati et conducti. 19. 1. Cod. de locato et conducto. 4. 65. cf. X. 3. 18. [b] §. 1. 2. J. h. t. L. 2. 25. pr. L. 46. D. h. t. §. 300. [c] L. 8. 21. Cod. h. t. cf. L. 25. §. 6. D. h. t. [d] L. 23. D. de R. J. §. 250. [e] L. 1. 2. D. h. t.

Anm. Für den Unterschied zwischen Pacht und Miethe hat die römische Rechtsprache keine entsprechenden Bezeichnungen. Nur heißt der Miethwohner inquilinus, der Pachter von Grundstücken colonus. Was in den folgenden §§. von der Miethe gesagt wird, ist übrigens regelmäßig auch auf die Pacht zu beziehen.

a) Locatio conductio rerum.

§. 310.

a) Voraussetzungen.

Gegenstand dieses Vertrags kann eine jede Sache seyn, bei welcher eine Gebrauchsüberlassung möglich ist [a]. Die Wirksamkeit des obligatorischen Vertrages hängt auch hier, wie beim Kaufe, nicht davon ab, ob der Vermiether (locator) Eigenthümer oder sonst zur Ueberlassung des Gebrauches berechtigt ist [b]. Der Eigenthümer selbst kann seine Sache miethen, insofern es mit Rücksicht auf ein dem Andern zustehendes dingliches Recht, Usufructus, Emphytheusis oder Superficies [c], ja selbst nur auf das demselben zustehende Besitzrecht (ius possessionis) geschieht [d]. Wenn ein Miether oder Pachter (conductor) selbst wieder die gemiethete Sache einem Dritten vermiethet oder verpachtet, so heißt dieses Verhältniß Aftermiethe oder Afterpacht, sog. sublocatio; es erzeugt aber eine Obligatio nur zwischen dem Sublocator und Subconductor, ändert nicht das Rechtsverhältniß zwischen dem ersten und dessen Locator [e].

Anm. [1] Die Locatio von Seiten des Nutznießers bezeichnen die Quellen bald als locare rem oder rem utendam, bald als locare usumfructum. Das letzte drückt es unmittelbar aus, daß der Gebrauch der Sache nur, soweit das Recht des Nießbrauchs sich erstreckt, gewährt seyn solle; dieß ist aber auch bei der ersten Ausdrucksweise anzunehmen, sofern Jemand eine Sache als Nutznießer (quasi fructuarius, non quasi dominus) vermiethet oder verpachtet. L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1. L. 9. §. 1. D. h. t. 19. 2. Aber auch bei andern nutzbaren Rechten findet der Begriff der Verpachtung Anwendung, wo von Ueberlassung des Gebrauchs einer körperlichen Sache gar nicht die Rede seyn kann, z. B. Verpachtung von öffentlichen Einkünften, Zehenten u. dgl.

[2] Im R. R. finden sich Verbote gewisser Pachtungen für gewisse Personen, namentlich für Soldaten, L. 31. 35. Cod. h. t., Decurionen, L. 20. Cod. h. t. kaiserliche Hofdiener, L. un. Cod. quibus ad conductionem praediorum fiscalium accedere non licet. 11. 72., Geistliche, nov. 123. cap. 6., Vormünder vor abgelegter Rechnung, L. un. cod. ne tutor vel curator vectigalia conducat. 5. 41. L. 49. D. h. t. Diese Verbote gehören dem öffentlichen Rechte an.

[a] cf. L. 3. §. 6. D. commod. 13. 6. [b] L. 7. 9. pr. §. 6. D. h. t. vgl. §. 300. not. o...r. [c] L. 12. §. 2. L. 38. D. de usufr. 7. 1. L. 9. §. 1. D. h. t. [d] L. 28. D. de poss. 41. 2. cf. L. 45. pr. D. de R. J. L. 15. D. depos. 16. 3. [e] L. 30. 58. pr. D. h. t. L. 6. Cod. h. t. cf. L. 11. §. 5. D. de pign. act. 13. 7.

[a] Ein dem Pachtvertrage verwandtes Verhältniß, aber von eigenthümlichen Wirkungen, ist der emphyteutische Contract, Erbpacht, vgl. §. 196...198.

β) Wirkungen.

§. 311.

aa) Verbindlichkeiten des Vermiethers.

Der Vermiether ist verpflichtet, dem Miether die gemiethete Sache nebst deren im Miethvertrage ausdrücklich oder stillschweigend inbegriffenem Zubehör rechtzeitig zu überliefern [a], und demselben für die festgesetzte Miethzeit den freien und ungehinderten Gebrauch zu gewähren [b]; er hat demnach auch die Sache in dem erforderlichen Stande zu erhalten und die nothwendigen Ausbesserungen zu bestreiten [c], die vom Miether gemachten nothwendigen Verwendungen unbedingt, die nützlichen, soweit dadurch die Sache dauernd verbessert ist, zu vergüten [d], auch die auf der Sache haftenden Lasten zu tragen [e]; er haftet dem Miether für Ersatz des Interesse, wenn diesem durch Verschulden des Vermiethers [f] oder wegen mangelnder Berechtigung desselben zur Verfügung über die Sache [g] deren Gebrauch vor der Zeit entzogen oder geschmälert wird; er haftet demselben überhaupt für jedes Verschulden bezüglich dieses Geschäfts [h], hat daher insbesondere auch den Schaden zu ersetzen, welcher dem Miether wegen Mangelhaftigkeit der Sache durch deren Gebrauch verursacht wird, insofern jenem in dieser Beziehung eine Unredlichkeit oder ein Versehen zur Last fällt [i]. Die Klage gegen den Vermiether ist die actio conducti oder ex conducto [k].

Anm. Eine Streitfrage ist es, wer die Einquartierungslasten zu tragen habe? Vgl. Glück XVII. S. 395. fg. Bang. III. §. 641. Anm. 2. Sie „entscheidet sich nach der Vorfrage, ob sie eine Real- oder Personallast sind, welche keine privatrechtliche ist." Puchta §. 366. not. c. vgl. Seuffert's Arch. I. 208.

§. 312.

bb) Verbindlichkeiten des Miethers.

Der Miether ist 1) verpflichtet, den Miethzins, nach Ablauf der Zeit des Gebrauchs oder der dafür festgesetzten Zeiträume, zu

[a] L. 15. §. 1. L. 19. §. 2. D. h. t. [b] L. 9. pr. L. 19. §. 5. L. 30. pr. eod. L. 25. §. 5. eod. [c] L. 15. §. 1. L. 25. §. 2. eod. [d] L. 55. §. 1. L. 61. pr. cf. L. 19. §. 5. eod. [e] L. un. §. 3. D. de via publ. 43. 10. [f] L. 9. §. 3. L. 35. pr. D. h. t. [g] L. 7...9. §. 1. eod. [h] L. 28. eod. h. t. cf. L. 55. pr. D. h. t. [i] L. 19. §. 1. eod. [k] L. 15. pr. eod.

entrichten, auch wenn er die Sache nicht wirklich benutzt hat, ausgenommen soweit er durch Schuld des Vermiethers oder durch einen die Sache betreffenden Zufall daran verhindert oder darin beeinträchtigt worden ist [a]; der Pachter kann aber auch wegen eines den Fruchtbezug eines Jahres beträchtlich schmälernden, nicht überhaupt oder für diese Sache gewöhnlichen Zufalls verhältnißmäßigen Nachlaß vom Pachtzinse ansprechen [1], wobei jedoch, wenn die Pachtzeit auf mehrere Jahre sich erstreckt, eine Ausgleichung mit dem reichlichen Fruchtertrage besonders guter Jahre stattfindet [b]. Er hat sodann 2) nach Beendigung des Miethverhältnisses die Sache zurückzugeben [c], mit Ersatz für jeden durch sein Verschulden, insbesondere durch Nachlässigkeit in Bewahrung der Sache oder durch Ueberschreitung im Gebrauch derselben, verursachten Schaden [d]; hat er die Sache weiter vermiethet, so haftet er auch für Verschulden des Aftermiethers, insoweit ihm bezüglich der Aftervermiethung eine Culpa zur Last fällt, daher schlechthin, wenn ihm dieselbe untersagt war [e]; für zufälligen Schaden hat er regelmäßig nicht einzustehen [2].

Anm. [1] Ueber Remission des Pachtzinses wegen solcher Unglücksfälle vgl. Glück XVII. S. 447. fg. Bang. §. 641. Anm. 1. Der Anspruch darauf findet nicht statt, wenn die Leistung des Pachters in einem Bruchtheil des jährlichen Fruchtertrages besteht (sog. colonia partiaria), wo eine Art von Gesellschaftsverhältniß angenommen wird. L. 25. §. 6. in f. D. h. t. Apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur. Vgl. L. 8. Cod. h. t. Licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione aut mos regionis postulat, ut, si qua lue tempestatis vel alio coeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerent et, quae evenerunt, sterilitates ubertate aliorum annorum pensatae non probabuntur, rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis.

[2] Durch besondere Zusage kann der Miether auch die Gefahr des Zufalls übernehmen, L. 9. §. 2. L. 30. §. 4. D. h. t.; doch ist die Verabredung bei dem Pachtvertrage, daß der Pachter alle Unglücksfälle übernehme, im Zweifel nur als Verzichtleistung des Pachters auf das Recht des Nachlasses nach Anm. 1. zu verstehen. Bang. a. a. O. — Werden bei der Miethe Sachen unter Festsetzung eines bestimmten Preises übernommen, wie es insbesondere rücksichtlich des Inventars eines Pachtgutes vorzukommen pflegt, so trägt der Uebernehmer die Gefahr derselben, gleich als ob er sie gekauft habe. L. 3. 54. §. 2. D. h. t. cf. Gai. III. 146.

[a] L. 19. §. 6. L. 27. pr. L. 30. §. 1. D. h. t. cf. L. 24. §. 2. eod. L. 19. §. 9. 10. eod. [b] L. 15. §. 2...4. L. 25. §. 6. D. h. t. L. 8. Cod. h. t. cf. cap. 3. X. h. t. [c] L. 25. Cod. h. t. cf. L. 34. eod. [d] §. 5. J. h. t. L. 11. pr. ... §. 2. 4. L. 12. 25 §. 3. D. h. t. L. 28. 29. Cod. eod. [e] L. 11. pr. D. eod.

L. 5. §. 3. D. commod. 13. 6. L. 1. §. 1. D. de aestimat. 19. 3. (Sog. locatio conductio irregularis). Vgl. Sell im civ. Arch. XIX. 2. Chambon, Beitr. zum Oblig.-Recht S. 12. fg. Ein beſondrer Fall iſt der ſog. Eiſern-Viehcontract oder contractus socidae, wenn eine gewiſſe Stückzahl Viehes, als Nebenſache eines Pachtguts oder auch für ſich als Hauptſache, z. B. eine Schafheerde, dergeſtalt übergeben wird, daß die gleiche Stückzahl gleicher Güte oder auch ein beſtimmter Preis für jedes Stück zurückgegeben werden ſoll: „Eiſern Vieh ſtirbt nicht.“ Ueber den Ausdruck contractus socidae vgl. jedoch Glossar. man. ad scriptores med. latinitatis, v. *„Socida, Italis soccitá, quasi societas accommandita di bestiame, che si da alla custodia altrui a mezzo pro e danno.* cf. L. 9. (8.) Cod. de pactis. 2. 3.

§. 313.

γ) Endigung des Miethverhältniſſes.

Das Miethverhältniß wird beendigt 1) durch den Untergang der vermietheten Sache; 2) durch Ablauf der Miethzeit, die entweder beſtimmt feſtgeſetzt oder von der Aufkündigung des einen oder andern Theils abhängig gemacht ſeyn kann; jedoch kann nach Ablauf der Zeit durch beiderſeitige ſtillſchweigende Einwilligung, ſog. relocatio tacita[1], das Miethverhältniß weiter erſtreckt werden; 3) durch Entſetzung des Miethers, welche aus gewiſſen Gründen[2] dem Vermiether, und 4) durch einſeitigen Rücktritt, welcher aus gewiſſen Gründen[3] dem Miether geſtattet iſt. Die durch das Miethverhältniß bisher erzeugten Forderungen werden durch dieſe Endigungsgründe deſſelben nicht aufgehoben. Die Veräußerung der Sache durch den Vermiether hebt das Verhältniß zwiſchen ihm und dem Miether nicht auf[4].

Anm. [1] L. 14. D. h. t. (Ulp.) Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est; intelligitur enim dominus, quum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare, et huiusmodi contractus neque verba neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu convalescunt. Et ideo, si interim dominus furere coeperit vel decesserit, fieri non posse, Marcellus ait, ut locatio redintegretur, et est hoc verum. L. 13. §. 11. eod. (Ulp.) Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata.... Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, et si lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. Sed etsi secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse; hoc enim ipso, quod tacuerunt, consensisse videntur, et hoc deinceps in

unoquoque anno observandum est. In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. — Streitig die Erklärung des Schlußsatzes dieser Stelle und daher die Bestimmung der Dauer der Relocatio bei Gebäuden: vgl. Glück XVII. S. 275. fg. Röder Abh. Nr. 1. Bang. §. 644.

[2] Diese Gründe sind a) zweijähriger Rückstand des Miethzinses, L. 54. §. 1. L. 56. D. h. t. nov. 120. cap. 8. cf. cap. 3. X. h. t. b) Mißbrauch der Sache, L. 3. Cod. h. t. L. 54. §. 1. cit. c) Nothwendigkeit einer den Gebrauch hindernden Reparatur, L. 3. Cod. cit. cf. L. 30. pr. L. 35. pr. D. h. t. d) dringendes und nicht vorgesehenes eigenes Bedürfniß des Vermiethers eines Wohngebäudes, L. 3. Cod. cit. cap. 3. X. cit. und nach der Praxis e) Eröffnung des Concurses gegen den Pachter, nicht auch gegen den Verpachter: L. 8. §. 1. D. de reb. auct. iud. 42. 5.

[3] Diese Gründe sind a) solche Mängel der Sache, welche deren Gebrauch völlig hindern, oder beträchtlich mindern, oder erschweren, L. 25. §. 2. L. 27. pr. D. h. t.; b) Zögerung des Vermiethers in Einräumung des Gebrauchs, L. 24. §. 4. L. 60. pr. D. eod.; c) gegründete Furcht vor einer mit der Fortsetzung des Gebrauchs verbundenen Gefahr, L. 13. §. 7. L. 27. §. 1. D. h. t. L. 28. 33. D. de damno inf. 39. 2.

[4] „Durch das Sprichwort: Kauf bricht Miethe, hat man nur dem natürlichen Satze, daß der Käufer nicht in die Obligatio des Verkäufers eintritt, einen unpassenden Ausdruck gegeben." Puchta §. 369. a. E. Vgl. L. 25. §. 1. L. 32. D. h. t. L. 9. Cod. h. t. cf. L. 59. §. 1. D. de usufr. 7. 1. L. 120. §. 2. D. de legat. I. Bang. §. 643. Anm. 2. Dernburg Abh. Nr. 1.

§. 314.

b) Locatio conductio operarum. Dienstmiethe i. e. S.

Diese besteht in der Uebereinkunft, daß der eine Contrahent (locator) dem andern (conductor) gewisse eine Schätzung zulassende Dienste oder Arbeiten (operae illiberales, locari solitae, aber honestae) gegen einen Geldlohn leisten soll, ohne daß dabei die Vollendung eines gewissen Werkes als unmittelbarer Gegenstand des Vertrags gesetzt ist [a]. Dahin gehört namentlich der Vertrag mit Dienstboten und Taglöhnern. Es gelten dafür gleiche Grundsätze, wie für die Miethe von Sachen, soweit sie nach der Natur des Gegenstandes anwendbar sind. Der Vermiether der Dienste hat die actio locati auf Zahlung des Dienstlohns und Erfüllung etwaiger Nebenleistungen, z. B., wie bei Dienstboten üblich, Gewährung von Kost und Wohnung, auch wenn die Dienste dem Miether unnütz oder durch einen nicht die Person des Vermiethers

[a] L. 5. §. 2. D. de praescript. verb. 19. 5.

betreffenden Zufall vereitelt worden sind, ausgenommen, sofern dieser durch anderweitige Vermiethung seiner Dienste Entschädigung gefunden hat [b]. Der Miether der Dienste andrerseits hat die actio conducti auf wirkliche Leistung der versprochenen Dienste, auf Schadensersatz, soweit sie durch Schuld des Vermiethers nicht oder nicht gehörig geleistet worden, oder dieser sonst durch Nachlässigkeit oder bösen Willen einen Schaden verursacht hat [c]. Hat dieselbe Person ihre Dienste mehreren vermiethet, so geht der frühere Miether vor [d].

Anm. Eine Verpflichtung, für geleistete Dienste eine gewisse Vergeltung zu gewähren, entsteht in vielen Fällen auch ohne vorhergehende bestimmte Zusage, gleichsam durch stillschweigenden Vertrag, wenn man sich nämlich solche Dienste hat leisten lassen, für welche eine Bezahlung gewöhnlich ist, und von solchen Personen, welche dieselben gegen Bezahlung zu leisten pflegen, z. B. von Aerzten, Hebammen, Lehrern, Advocaten, insbesondere auch von Mäklern (proxenetae, denen der Mäklerlohn, proxeneticum, gebührt). Das R. R. gibt in solchen Fällen theils praescriptis verbis actio, theils extraordinaria cognitio. L. 22. D. de praescript. verb. 19. 5. L. 1. 4. D. de extraord. cognit. 50. 13. L. 1...3. D. de proxeneticis. 50. 14. Vgl. Schäffer in Linde's Ztschr. n. F. VII. 1. „ob und unter welchen Voraussetzungen für geleistete Dienste und verabreichte Alimente eine Vergütung auch ohne vorheriges Versprechen einer solchen angesprochen werden kann?" Seuffert Pand. §. 334. Ein Dienst besonderer Art ist die Beförderung und Empfehlung eines Bittgesuches, d. i. suffragium, wofür nach vertragsmäßiger Bestimmung eine Vergeltung gefordert werden kann, wenn Gewährung des Gesuches darauf erfolgt. L. un. Cod. de suffragio. 4. 3.

c) Locatio conductio operis. Verdingungsvertrag.

§. 315.

α) Begriff und Wirkungen im Allgemeinen.

Ist der Vertrag auf die Hervorbringung einer gewissen Wirkung durch die Thätigkeit des einen Contrahenten gerichtet, so heißt derjenige, welcher sich dazu gegen einen Preis verpflichtet, conductor oder auch redemtor operis, derjenige dagegen, welcher die Arbeit in Verding gibt, der Besteller, locator operis [1]. Der erste hat die actio conducti auf Bezahlung des Preises, regelmäßig erst nach Ausführung des Werkes oder Ablieferung der verfertigten Sache [a], so wie auf Ersatz des Schadens, der ihm etwa durch

[b] L. 13. . L. 19. §. 9. 10. L. 38. pr. D. h. t. §. 275. not. b. c. [c] arg. §. 5. J. h. t. [d] L. 26. D. h. t. 19. 2. §. 226. not. a.
[a] arg. L. 30. §. 3. L. 36. 51. §. 1. D. h. t.

Schuld des andern Contrahenten bezüglich des Geschäfts verursacht worden ist [b]. Der letzte hat die actio locati auf Vollendung der übernommenen Arbeit [c], beziehungsweise auf Schadensersatz, sofern der Uebernehmer etwas verschuldet hat [d]. Dieser haftet insbesondre dafür, daß das Werk der Bestellung gemäß und ohne Fehler sei, sofern diese nicht durch die Anweisungen des Bestellers selbst verursacht sind [e]. Hat der letzte das Werk einmal gebilligt, so haftet jener nicht weiter, es sey denn wegen Dolus. Die Billigung aber, auch wo sie ausdrücklich vorbehalten ist, kann der Besteller ohne genügende Gründe nicht verweigern [f]. Für rein zufälligen Schaden hat der Uebernehmer in der Regel nicht einzustehen [g], kann vielmehr bei zufälligem Untergang der Sache nach Verhältniß des von ihm Geleisteten auf den bedungenen Lohn Anspruch machen, wenn anders das untergegangene Werk zur Billigung geeignet war [2]. Hat der Uebernehmer die vom Besteller zu bestreitenden Kosten zu gering angeschlagen, so kann der letzte, sobald dieß klar ist, den ganzen Vertrag kündigen [h].

Anm. [1] L. 22. §. 2. D. h. t. Quum insulam aedificandam *locet*, ut sua impensa *conductor* omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen *locatio* est; *locat* enim artifex *operam suam*, id est, faciendi necessitatem. Andere dahin gehörende Fälle sind die Uebernahme des Transports von Waaren oder Personen, der Ausbildung eines Lehrbuben, der Verfertigung oder Reinigung von Kleidern oder andern Sachen u. dgl. m. L. 13. §. 1...6. L. 19. §. 7. L. 25. §. 7. D. h. t. Soll der Uebernehmer auch den Stoff zu der zu verfertigenden Sache liefern, so ist das Geschäft nicht locatio conductio, sondern emtio venditio. Gai. III. 147. §. 4. J. h. t. L. 2. §. 1. D. h. t. L. 65. D. de contrah. emt. 18. 1. Anders, wenn zu einem Bau auf dem Boden des Bestellers der Unternehmer zugleich die Baumaterialien zu liefern übernimmt. L. 22. §. 2. L. 30. §. 3. D. h. t. L. 20. D. de contrah. emt. Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus *etiam*, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emtionem videri; nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret; aliter atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur. Huschke verbessert *alienam* statt *etiam*; dagegen Arndts in Linde's Zeitschr. n. F. VIII. S. 102

[2] L. 36. D. h. t. Opus, quod aversione locatum est, donec adprobetur,

[b] L. 28. Cod. h. t. cf. L. 15. pr. D. h. t. [c] L. 48. pr. D. h. t. [d] L. 13. §. 1...6. L. 25. §. 7. eod. L. 58. §. 1. eod. cf. L. 27. §. 29. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [e] L. 51. §. 1. L. 62. D. h. t. [f] L. 24. pr. eod. [g] L. 25. §. 7. L. 36. 37. 59. 62. eod. cf. L. 33. eod. [h] L. 60. §. 4. eod.

conductoris periculum est; quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit; et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset. L. 37. eod. Si prius, quam locatori opus probaretur, vi aliqua consumtum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet. L. 59. eod. Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus: si vi naturali, veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum. Vgl. Buchholtz in Linde's Ztſchr. n. F. VIII. 1. und Windſcheid in der heidelb. krit. Ztſchr. II. S. 139. fg. gegen Mommſen Beitr. I. §. 31.

[8] Auch die locatio conductio operis kann eine sogen. irregularis ſeyn (§. 312. Anm. 2.), wenn nämlich vertretbare Sachen zum Transport oder zur Verarbeitung gegeben werden, mit der Geſtattung, andre Sachen gleicher Gattung und Güte dafür zurückzuliefern oder zur Verarbeitung zu verwenden. Vgl. L. 31. D. h. t. In navem Saufeii quum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi, et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possint oneris aversi actione? Respondit: rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti quum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere; secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. Quod si separatim tabulis aut aeronibus aut in alia cupa clausum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset, quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cuius fuisset triticum, quod nauta solvisset, vindicare. Et ideo, se improbare actiones oneris aversi, quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset, sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori, et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere; nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi, neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere necesse fuisset, tametsi meliorem eius conditionem faceret, quam ceterorum. Vgl. darüber Sell im civ. Arch. XIX. S. 318. fg. Puchta, Vorleſ. II. S. 214. fg. Buchholtz a. a. O. S. 8. fg.

§. 316.

β) Insbesondere von der *Lex Rhodia de iactu.*

Nach einer dem Seerecht der Insel Rhodus entlehnten Billigkeitsregel[a] soll, wenn zur Rettung eines Schiffes in Seegefahr Sachen absichtlich preisgegeben werden, der dadurch verursachte Verlust und Schaden in Gemeinschaft mit den Eigenthümern jener Sachen auch von den Eigenthümern der geretteten Sachen, des Schiffes wie der Ladung, getragen werden, nach Verhältniß des Werthes der preisgegebenen und der geretteten Sachen. Die Eigenthümer der letzten kann der Schiffer zu verhältnißmäßigem Ersatzbeitrag anhalten, theils durch Retention ihrer Sachen, theils durch Klage, und zwar, sofern zwischen ihnen und diesem, wie gewöhnlich der Fall, das Verhältniß einer locatio conductio operis besteht, durch die actio conducti, während andrerseits die beschädigten Eigenthümer durch die actio locati gegen den Schiffer ihre Ersatzansprüche geltend machen.

Anm. [1] L. 1. D. h. t. Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est. — L. 2. pr. eod. Si laborante nave iactus mercium factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent; is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum communicetur, agere potest. Servius quidem respondit, ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. Imo, etsi (Hal. *etsi non)* retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus; quid enim, si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? Plane commodius est, si sint, retinere eas. At si non (et) totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in nave conduxerunt (Vulg. *aut si non, si totam navem conduxerant, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in nave conduxerunt, ex cond. agent;* Schilling emend. *Et si non totam navem conduxerint, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt, ex conducto aget*). Aequissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent. — Vgl. überhaupt Aug. de Schryver, Comment. sur la loi Rhodia de iactu. Bruxelles 1844.

[2] „Die analoge Anwendung dieser Rechtssätze, die man mehrfach versucht hat, ist in der That, da die Bedingung einer Gleichheit der Gefahr für alle Eigenthümer fehlt, unausführbar." Puchta §. 368. a. E. Vgl. jedoch W. Sell, Versuche I. S. 100.

[a] Dig. de lege Rhodia de iactu. 14. 2. cf. Pauli sentt. II. 7.

4) Gesellschaft [a].

§. 317.

a) Begriff und Entstehung der Gesellschaft.

Gesellschaft (societas) ist eine durch gegenseitig verpflichtenden Vertrag begründete Vereinigung mehrerer Personen zu einer rechtlichen, das Vermögen betreffenden Gemeinschaft [b]. Gegenstand dieser Gemeinschaft kann das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Gesellschafter (socii) seyn; das ist societas omnium bonorum oder omnium fortunarum [c]; oder nur alles, was dieselben künftig, und zwar durch ihre Thätigkeit, erwerben mögen, das ist eine Erwerbgesellschaft (societas quaestus, oder quaestus et lucri), welche angenommen wird, wenn eine Gesellschaft schlechtweg, ohne nähere Bestimmung, eingegangen ist [d]; oder aber nur bestimmte einzelne Sachen und Rechte oder eine Mehrheit von solchen; oder nur gewisse Erwerbungen, z. B. durch Handel oder Handel einer gewissen Art; oder auch nur ein einzelnes Geschäft, das auf gemeinschaftliche Rechnung unternommen wird [e]. Der eigentliche Zweck der Vereinigung kann auch auf etwas anderes als Vermögensinteressen gerichtet seyn, z. B. Förderung der Kunst oder Wissenschaft, oder bloßes Vergnügen; aber ein Rechtsverhältniß entsteht daraus überall nur, insofern zu Erreichung jenes Zweckes vermögensrechtliche Verbindlichkeiten eingegangen werden.

Der Gesellschaftsvertrag wird geschlossen durch die gegenseitige Zusage der Gemeinschaft, und kann daher auch stillschweigend abgeschlossen werden [f]. Auch können dabei verschiedenartige, wenn nur überhaupt zulässige und mit der Natur des Geschäfts verträgliche, Nebenbestimmungen, insbesondere Bedingungen, vorkommen [g]. Die Antheile der einzelnen Gesellschafter an Gewinn und Verlust, wie ihre Beiträge oder anderweitigen Leistungen zum gemeinschaftlichen Zweck können durch Verabredung nach Belieben festgesetzt werden [i], wobei insbesondere die Rücksicht auf die Thätigkeit oder auf den Credit eines Gesellschafters oder seiner Firma mitbestimmend seyn kann [h]. Insofern aber darunter eine Schenkung sich

[a] Inst. de societate. 3. 25. Dig. pro socio. 17. 2. Cod. 4. 37. [b] L. 31. 32. D. h. t. [c] L. 1. §. 1. .. L. 3. §. 1. L. 73. D. h. t. [d] L. 7...13. eod. [e] pr. J. h. t. L. 5. pr. 52. §. 4. 5. L. 58. pr. §. 1. D. eod. [f] L. 4. pr. eod. [g] L. 1. pr. eod. L. 6. Cod. h. t. [h] §. 1. 3. J. h. t. L. 5. §. 1. L. 29. 30. L. 52. §. 2. D. eod. L. 1. Cod. eod.

verbirgt, iſt dieſe nur gültig [2], wenn die Erforderniſſe einer gültigen Schenkung vorhanden ſind [i]. Der Regel nach iſt gleichmäßiger Antheil [3] der Geſellſchafter am Gewinn und Verluſt als beabſichtigt anzunehmen [k].

Anm. [i] L. 29. D. h. t. Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae, vel cuiuscunque alterius rei causa. §. 1. Ita coiri societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat; quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est; plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia: item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus. §. 2. Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare. Et nos consentimus, talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret; iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet. — L. 30. eod. Mucius scribit, non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notis Mucii ait, nec posse societatem ita contrahi; neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto. Sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. cf. Gai. III. 149.

[2] L. 5. §. 2. D. h. t. Donationis causa societas recte non contrahitur. „Das hat aber nur die Bedeutung: es ſoll daraus nicht die dem Conſenſualcontract eigenthümliche actio pro socio angeſtellt werden können.“ Sav. IV. S. 102.

[3] Ob abſolute oder relative Gleichheit der Antheile zu verſtehen ſey? Vgl. §. 3. J. h. t. Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa, in eo quoque, quod praetermissum est, eandem partem servari. — L. 6. D. h. t. Si societatem mecum coieris ea conditione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est, et conveniens est boni viri arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae, industriae, pecuniae in societatem collaturus sit.

§. 318.

b) Wirkungen des Geſellſchaftsvertrages.

Die Wirkung des Geſellſchaftsvertrages iſt im Allgemeinen die, daß die Geſellſchafter einander gegenſeitig nach Treu und

[i] L. 5. §. 2 D. cod. L. 16. §. 1. D. de minor. 4. 4. L. 32. §. 24. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. [k] L. 29. pr. D. h. t. §. 1. J. h. t.

Glauben dasjenige leisten müssen, wozu sie nach Zweck und Gegenstand der Gesellschaft, beziehungsweise nach besondern Vertragsbestimmungen, sich anheischig gemacht haben. Namentlich muß also jeder Gesellschafter seinen Beitrag zur Gemeinschaft geben, und die dieser bestimmten Gegenstände, so wie es verabredet und soweit es thunlich ist, den übrigen mittheilen [a], so auch, was er von Gegenständen der Gemeinschaft bezieht, herausgeben [b], sodann die zugesagten Dienste leisten [c], und über Geschäfte, die er für die Gesellschaft geführt, Rechenschaft ablegen [d], wohingegen er auch Anspruch hat auf verhältnißmäßigen Ersatz desjenigen, was er angemessener Weise im Interesse der Gesellschaft aufgewendet hat [e]. In Angelegenheiten der Gesellschaft aber hat jeder Theilnehmer den ihm in eigenen Angelegenheiten gewöhnlichen Fleiß, diligentiam quam suis rebus [1], zu bewähren [f].

Bei einer allgemeinen Gütergesellschaft insbesondere [2] haben die Gesellschafter jeden rechtlichen Erwerb einzubringen [g], und werden andrerseits deren Schulden, sowie der Aufwand zu ihrem Lebensunterhalt als Lasten der Gemeinschaft betrachtet [h], vorbehaltlich der durch Culpa des Einzelnen begründeten besondern Ansprüche [i]. Was aber ein Gesellschafter durch unerlaubte Handlungen erwirbt, ist nicht Gegenstand der Gemeinschaft, es werde denn von jenem freiwillig eingebracht, und in diesem Falle müssen die Genossen, wenn sie den Ursprung des Erwerbes kennen, auch die vermögensrechtlichen Folgen des Delicts mittragen; ebenso auch in dem Falle, wenn ein Gesellschafter ohne Schuld auf eine Delictsklage verurtheilt ist; während außerdem der Antheil des Schuldigen allein davon betroffen wird [k].

Die Klage, mit welcher die Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältniß geltend zu machen [l], ist die actio pro socio [3]. Im Verhältniß der einzelnen Gesellschafter zu dritten Personen [4] wird durch die Gesellschaft unmittelbar und an sich keine Veränderung bewirkt; es können aber Rechte und Verbindlichkeiten des einen nach den Regeln der §§. 245...248 auch für und gegen die übrigen wirksam werden [m].

[a] L. 1. §. 1. L. 3. pr. L. 52. §. 8. L. 74. D. h. t. [b] L. 21. 38. §. 1. L. 60. pr. eod. [c] L. 52. §. 2. eod. [d] L. 58. pr. §. 1. L. 67. §. 1. eod. [e] L. 38. §. 1. eod. [f] L. 52. §. 2. L. 72. eod. §. 9. J. h. t. [g] L. 3. §. 1. L. 52. §. 16. L. 73. 74. eod. [h] L. 73. in f. eod. cf. L. 27. eod. [i] L. 59. §. 1. eod. [k] L. 52. §. 17. 18. L. 53...57. D. h. t. [l] L. 32. eod. §. 2. J. de poena tem. litig. 4. 16. [m] L. 82. D. h. t. cf. L. 1. §. ult. L. 2...4. §. 2. D. de exercit. act. 14. 1. L. 13. §. 2. D. de instit. 14. 3. L. 44. §. 1. D. de aedil. ed. 21. 1.

Anm. [1] L. 72. D. h. t. Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est, desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit etenim, talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet. Vgl. §. 250.

[2] Ueber die Frage, ob bei der societas omnium bonorum die Sachen aller Gesellschafter ipso iure gemeinschaftliche werden, vgl. §. 145. Anm. 1.

[3] Ueber die mögliche Concurrenz dieser Klage mit andern Klagen vgl. a) L. 38. §. 1. L. 43. D. h. t. b) L. 45...51. eod. c) L. 69. eod. Quum societas ad emendum coiretur, et conveniret, ut unus reliquis nundinas, id est epulas (Hal. *nundinarias epulas;* vielleicht *nundinarum impensas?* Mühlenbruch §. 418.) praestaret, eosque a negotio (Vulg. Hal. *ad negotium*) dimitteret, si eas iis non solverit, et pro socio et ex vendito cum eo agendum est. Vgl. Leist in Linde's Ztschr. XVII. 10. — Ueber das beneficium competentiae unter Gesellschaftern vgl. §. 226. Anm. 3.

[4] Vgl. Bang. §. 653. und, mit Rücksicht auf das heutige Recht besondere Arten von Gesellschaften, Thöl, Handelsrecht, §. 37. 42. 46. Blumtschli, deutsches Privatrecht II. §. 133...139. vgl. Seuffert's Arch. II. 178. 179. 287. 288. III. 196. 197. 360. IV. 115. V. 164. VI. 194.

§. 319.

c) Endigung der Gesellschaft.

Die Gesellschaft wird aufgehoben[a]:

1) nicht bloß durch gemeinsamen Beschluß aller Gesellschafter, sondern auch durch einseitige Aufkündigung jedes einzelnen[b], welche jedoch nicht hindert, daß die übrigen, vermöge neuer oder auch zu Anfang schon für solchen Fall getroffener Verabredung, fernerhin in Gesellschaft bleiben[c]. Die Aufkündigung kann durch Anstellung der Klage oder auf andere Weise geschehen[d], auch durch oder an einen Stellvertreter[e]. Wird dem Abwesenden gekündigt, so wirkt so lange, bis dieser Kenntniß davon erhalten hat, die Gesellschaft noch als bestehend fort rücksichtlich der Pflichten, nicht auch rücksichtlich der Rechte des kündigenden Gesellschafters[f]. Gleiches gilt bei arglistiger Kündigung rücksichtlich dessen, was dadurch der Gesellschaft entzogen werden sollte[g]. Auch erzeugt überhaupt die unzeitige Aufkündigung für die Mitgesellschafter einen Anspruch auf Entschädigung[h], und gleich der unzeitigen wirkt, bei Festsetzung einer bestimmten Zeitdauer, die vorzeitige Kündigung, wenn sie

[a] L. 4. §. 1. L. 63. §. 10. D. h. t. §. 4...8. J. h. t. [b] L. 63. in f. L. 65. §. 3. D. h. t. [c] arg. L. 65. §. 9. eod. [d] L. 65. pr. eod. [e] L. 65. §. 7. 8. eod. [f] L. 17. §. 1. eod. [g] L. 65. §. 3. eod. §. 4. J. h. t. [h] L. 17. §. 2. L. 65. §. 5. D. eod.

nicht durch beſondere Gründe gerechtfertigt iſt [i]. Die Verabredung der Unauflöslichkeit der Geſellſchaft bewirkt keine Aenderung bezüglich des Aufkündigungsrechts [1].

2) durch den Tod eines Geſellſchafters, jedoch unbeſchadet der Verabredung, daß die Geſellſchaft unter den übrigen fortbeſtehen ſolle [k]. Der Erbe tritt der Regel nach [2] nicht von ſelbſt in die Geſellſchaft ein, auch wenn dies im voraus verabredet iſt [l]; doch iſt er verpflichtet, was der Erblaſſer in Angelegenheiten der Geſellſchaft begonnen, mit Sorgfalt zu erledigen [m].

3) durch Concurs oder Confiscation des Vermögens eines Geſellſchafters [n].

4) durch Unmöglichkeit oder Beendigung des Geſchäftes, zu welchem die Geſellſchaft eingegangen [o], desgleichen durch Untergang des Gegenſtandes, deſſen Gemeinſchaft bezweckt iſt [p].

5) durch Ablauf der Zeit, für welche die Geſellſchaft eingegangen iſt, ſofern ſie nicht, ausdrücklich oder ſtillſchweigend, weiter erſtreckt wird [q].

Alle dieſe Endigungsgründe heben übrigens nur die Geſellſchaft, nicht die durch dieſelbe bereits begründeten Forderungen auf, wegen deren vielmehr jetzt noch, und ſo auch für und gegen die Erben eines Geſellſchafters, die actio pro socio ſtattfindet [r].

Anm. [1] L. 14. h. t. Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeatur. Quid tamen, si hoc convenit, ne abeatur, an valeat? Eleganter Pomponius scripsit, frustra hoc convenire; nam etsi non convenit, si tamen intempestive renuntietur, esse pro socio actionem; sed etsi convenit, ne intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio... L. 65. §. 3. eod.... Cassius scripsit, eum, qui renunciaverit societati, a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare: quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit... §. 6. ibid. Item qui societatem in tempus coiit, ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat.

[2] L. 59. pr. h. t. Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres succedat societati. Haec ita in privatis societatibus ait; in societate vectigalium nihilominus manet societas et post mortem alicuius etc. cf. L. 63. §. 8. eod. — Nach R. R. bewirkt gleich dem Tode auch maxima und media capitis deminutio eines Socius die Endigung

[i] L. 14...16. L. 65. §. 6. eod. [k] L. 65. §. 9. eod §. 5. J. h. t. [l] L. 35...37. L. 52. §. 9. L. 59. pr. L. 63. §. 8. L. 65. §. 9. 11. D. eod. [m] L. 40. eod. [n] L. 4. §. 1. L. 65. §. 1. 12. eod. §. 7. 8. J. h. t. [o] §. 6. J. eod. L. 58. pr. D. eod. [p] L. 63. §. 10. eod. [q] L. 1. pr. L. 65. §. 6. eod. [r] L. 63. §. 8. eod.

der Gesellschaft. L. 63. §. 10. eod. Ueber das heutige Recht, namentlich bei Handelsgesellschaften: Bluntschli a. a. O. §. 133. 137. vgl. Seuffert's Arch. III. 319.

§. 320.

5) Gemeinschaft.

Eine Gemeinschaft von Vermögensrechten erzeugt schon an sich, ohne Rücksicht darauf, ob sie durch Vertrag entstanden sey oder nicht[1], ein gegenseitiges Verpflichtungsverhältniß unter den Theilnehmern (socii im w. S.). Ihm entsprechen besondre Klagen, die actio familiae erciscundae, welche die Gemeinschaft unter Miterben betrifft[a], und die actio communi dividundo[b], welche zunächst auf jede Gemeinschaft von Eigenthum sich bezieht[c], analog aber auch bei Gemeinschaft anderer Rechte, die mehreren pro partibus indivisis zustehen können, Anwendung findet[d]. Mittels dieser Klage kann jeder Genosse Theilung des gemeinschaftlichen Gutes und somit Aufhebung der Gemeinschaft herbeiführen[e], aber auch Ansprüche geltend machen, die bezüglich der Gemeinschaft durch Verwendungen von seiner Seite[2], durch Beschädigung oder Bezug der Nutzungen von Seiten der andern Theilnehmer entstehen können[f]. Die Theilnehmer haften einander, soweit sich einer mit dem gemeinschaftlichen Gute befaßt, gleich den Gesellschaftern, für die in eigener Angelegenheit ihnen gewöhnliche Sorgfalt[g].

Der Theilungsrichter hat, nach Abwägung der gegenseitigen Ansprüche der Theilhaber und mit Festhaltung des unter ihnen gültig Verabredeten[h], nach billigem Ermessen[i] durch Zuspruch und Verurtheilung die Auseinandersetzung unter den Parteien zu bewirken[k]. Er kann nach Umständen dem einen und dem andern Theilhaber verschiedene bisher gemeinschaftliche Sachen oder reelle Theile derselben Sache oder auch einem allein den ganzen Streitgegenstand

[a] Dig. familiae erciscundae. 10. 2. Cod. 3. 36. [b] Dig. communi dividundo. 10. 3 Cod. 3. 37. cf. Cod. communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo. 3. 38. §. 20. J. de act. 4. 6. vgl. §. 97. Anm. 5. §. 99. [c] L. 1. §. pr. §. 1. D. h. t. 10. 3. L. 19. pr. eod. (§. 133.) [d] L. 7. pr. §. 2. 6...9. eod. L. 1. §. 8. D. de superfic. 43. 18. cf. L. 10. §. 1. L. 19. §. 1. 2. 4. D. h. t. 10. 3. vgl. §. 53. §. 178. not. f. §. 196. not. p. [e] L. 14. §. 2. D. h. t. L. 8. pr. eod. L. 5. Cod. h. t. 3. 36. [f] L. 3. pr. L. 4. §. 3. L. 6. pr. §. 1...5. 7. L. 8. §. 2...4. L. 9. 10. pr. L. 14. pr. §. 1. L. 28. 29. D. h. t. §. 3. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 4. Cod. h. t. [g] L. 25. §. 16. 18. D. fam. erc. 10. 2. L. 26. D. comm. div. 10. 3. L. 4. Cod. h. t. [h] L. 3. §. 1. D. h. t. [i] L. 21. D. eod. [k] §. 4. 5. J. de off. iud. 4. 17. §. 146. 188. not. g.

gegen Entſchädigung des andern zuſprechen[l], dabei auch etwa Dienſtbarkeiten auflegen[m], und über das Wie? und Wem? in Ermangelung andrer Entſcheidungsgründe ſelbſt das Loos entſcheiden laſſen. Das angemeſſenſte Verfahren iſt wohl in den meiſten Fällen, namentlich wo reelle Theilung unzuläſſig erſcheint, dieſes, durch Verſteigerung, entweder nur unter den Theilhabern oder auch mit Zulaſſung anderer Bieter, zu ermitteln[n], wem das gemeinſchaftliche Gut zu überlaſſen und welche Abfindung den andern dafür zuzuerkennen ſey[3].

Das Theilungsurtheil, das übrigens nur unter den ſtreitenden Parteien[4] und deren Rechtsnachfolgern wirkt[o], kann nur in der Weiſe und aus gleichen Gründen wie ein anderes Urtheil angefochten werden. Eine außergerichtliche Theilung kann nicht nur wegen Betrugs, ſondern auch wegen jeder erheblichen Verkürzung, die ein Theilhaber wider Willen dadurch erleidet, angefochten werden[p] und zu einem neuen richterlichen Theilungsverfahren Anlaß geben[5].

Anm. [1] L. 2. D. h. t. 10. 2. Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit; nam utroque casu locus est communi dividundo iudicio. Im letzten Fall nennt man die Gemeinſchaft heutzutage *communio incidens*. Vgl. L. 25. §. 16. D. fam. erc. „cum coherede non contrahimus, sed *incidimus* in eum.“ L. 31. D. pro socio.... Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, utputa quum non affectione societatis *incidimus in communionem*, ut evenit in re duobus legata etc.

[2] Ueber den Fall, wenn ein Theilhaber für die gemeinſchaftliche Sache Verwendungen gemacht hat, indem er ſie für ſein Alleineigenthum hielt oder in der Perſon des Miteigenthümers irrte, vgl. L. 14. §. 1. D. h. t.... Hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo; tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui. At quum puto rem... esse mihi communem cum alio, quam est, id ago, ut alium mihi obligem, et sicut negotiorum gestorum actio datur adversus eum, cuius negotia curavi, quum putarem alterius ea esse, ita et in proposito. vgl. §. 298. Anm. 2. — Ueber den Fall, wenn einer ohne Noth auch für ſeine Genoſſen mithandelte, ſ. L. 6. §. 2. eod. Non alias communi dividundo iudicio locus erit,... nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit; alioquin, si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur. L. 6. §. 7. eod. L. 40. D. de neg. gest. 3. 5.

[l] §. 5. J. cit. L. 47. pr. L. 55. D. fam. erciſc. 10. 2. [m] L. 16. §. 1. eod. L. 6. §. 10 L. 7. §. 1. D. h. t. [n] L. 1. 3. Cod. h. t. 3. 37. cf. L. 78. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. [o] L. 17. Cod. fam. erc. 3. 36. L. 27. D. eod. cf. L. 17. D. de usucap. 41. 3. [p] L. 3. Cod. comm. utr. iud. 3. 38.

[3] L. 3. in f. Cod. h. t.... Ad licitationem nonnunquam etiam extraneo emtore admisso, maxime si se non sufficere ad iusta pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licentem (*licitantem*) profiteatur. Vgl. jedoch Seuffert's Arch. I. 261. — Eine besondere Vorschrift: L. 34. §. 2. Cod. de donat. 8. 54. (§. 82. Anm.). — Die Theilung schließt übrigens bald einen Kauf, bald einen Tausch in sich; daher denn auch die Möglichkeit einer Eviction verbindlichkeit. L. 20. §. 3. D. fam. erc. 10. 2. L. 14. Cod. eod. 3. 36. L. 1. Cod. comm. utr. 3. 38.

[4] Vgl. insbesondere „über die Theilung unter wenigen von mehreren Communions-Interessenten" Zimmermann im civ. Arch. XXXIV. 9.

[5] L. 3. Cod. 3. 38. Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel peperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. cf. Cons. vet. Icti cap. 2. vgl. Seuffert's Arch. IV. 222. 223.

§. 321.

6) Gränzscheidung [a].

Für den Fall, daß die Gränzen anstoßender [b] ländlicher Grundstücke (praedia rustica) streitig und dadurch also ungewiß sind, gibt es eine besondere persönliche Klage [d], actio finium regundorum, Gränzscheidungsklage, welche den Eigenthümern oder auch andern dinglich berechtigten Inhabern der fraglichen Grundstücke gegen einander zusteht [e]. Sie bezweckt zunächst Ermittelung und Feststellung der wahren Gränzen [f], die alsdann durch sichtbare Zeichen kenntlich zu machen sind; wenn aber die Ungewißheit nicht gehoben werden kann, so nimmt sie die Natur einer Theilungsklage an; sie geht sodann auf Theilung des streitigen Gränzstrichs, welcher als gemeinschaftlich behandelt wird, und es kann selbst auch aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Gränzlinie neu bestimmt werden [g]. Daher wird die Klage mit der actio communi dividundo und familiae erciscundae zusammengestellt; sie ist, wie diese, duplex actio [h], und es können dabei gleichfalls verschiedenartige gegenseitige Ersatzansprüche vorkommen [i].

Anm. Ueber das Geschichtliche dieser Klage vgl. Rudorff in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. X, 7. Puchta Inst. II. §. 234. Rudorff's gromatische Institutionen in d. Schriften der röm. Feldmesser. II. S. 433. fg. — Eine neue Ansicht über das Wesen dieser Klage ist aufgestellt von Wiederhold in Linde's Ztschr. XIII. 3.:

[a] Dig. finium regundorum. 10. 1. Cod. 3. 39. [b] L. 4. §. 11. L. 5. 6. D. h. t. [c] L. 2. pr. L. 4. §. 10. eod. [d] L. 1. eod. [e] L. 4. §. 7...9. eod. [f] L. 8. §. 1. L. 11. 12. eod. cf. L. 3. Cod. h. t. [g] L. 2. §. 1. L. 3. D. eod. §. 6. J. de off. iud. 4. 17. [h] L. 10. eod. [i] L. 4. §. 1...3. eod.

sie soll nur auf Abmarkung durch Aufstellung von Gränzzeichen gehen, um künftigen Gränzirrungen vorzubeugen. Dagegen Sternberg ebendas. XVII. 13. Puchta Pand. §. 374. und dessen kleine Schriften S. 347. fg. Hoffmann im civ. Arch. XXXI. 16. Seuffert's Arch. V. 16. 17. 282.

II. Obligationen aus unerlaubten Handlungen, und verwandte Fälle.

§. 322.

Aus unerlaubten Handlungen entstehen nach römischem Rechte theils Ersatz-, theils Straf-Forderungen, welche bald durch reine Ersatz- oder Straf-Klagen, bald vereint durch gemischte Klagen geltend zu machen sind (§. 98.). Den Anspruch auf Privatstrafe hat jedoch die gemeinrechtliche Praxis in den meisten Fällen beseitigt, und ist dadurch die Lehre von diesen Obligationen in ihren praktischen Resultaten sehr vereinfacht worden. Gleichwohl ist es angemessen, für die einzelnen Fälle zunächst immer die Bestimmungen des römischen Rechts voranzustellen, da zumal die Theorie über die Gränzen ihrer heutigen Anwendbarkeit bis zur neuesten Zeit einigermaßen unsicher und schwankend gewesen ist.

§. 323.

A. Entwendung.

Eine Entwendung, furtum[a], begeht, wer eine bewegliche[b] Sache nimmt[c], in der Absicht, widerrechtlichen Gewinn zu machen[d], und dadurch auch in der That das Recht eines Andern verletzt[e]. Nach römischem Recht entsteht daraus für jeden, welcher durch die Entwendung in seinem rechtlichen Interesse verletzt worden ist[f], eine Strafklage, actio furti, gegen den Dieb und dessen Gehülfen[g], und zwar gegen jenen auf Bezahlung des vierfachen Sachwerthes, beziehungsweise Interesses[h], wenn er bei der That betreten worden ist (furtum manifestum), sonst, d. i. wegen furtum nec manifestum, auf das Doppelte[i]. Außerdem gibt es für den

[a] Dig. de furtis. 47. 2. Cod. 6. 2. Inst. de obl. quae ex delicto nascuntur. 4. 1. f. Gai. III. 183...208. Paul. sentt. II. 31. [b] L. 25. pr. D. h. t. §. 7. J. de usucap. . 6. cf. Gai. II. 51. [c] L. 1. 67. pr. D. h. t. L. 43. pr. L. 44. pr. §. 1. eod. §. 3. 4. l. c. cf. pr. J. vi bon. rapt. 4. 2. [d] L. 1. §. 3. L. 43. §. 4...11. L. 54. §. 1. D. . t. §. 7. J. h. t. [e] L. 43. §. 5. L. 46. §. 8. D. eod. L. 19. §. 5. 6. L. 20. §. 1. . 40. 54. pr. §. 1. eod. §. 1. 6. 10. 14. J. h. t. [f] §. 13...17. J. eod. L. 10...15. . eod. [g] §. 11. 12. 19. J. eod. L. 21. §. 9. L. 34. D. eod. [h] L. 27. pr. L. 50. r. D. eod. [i] §. 5. J. h. t. L. 2..8. D. eod.

Eigenthümer der entwendeten Sache eine nicht als Delictsklage angesehene, sondern durch das unrechtliche Haben der Sache an sich begründete Ersatzklage, condictio furtiva s. ex causa furtiva[k], gerichtet auf Rückgabe der Sache nebst Zubehör, beziehungsweise vollen Schadenersatz[l], gegen den Dieb und dessen Erben[m], gegen mehrere Diebe als solidarisch verpflichtete Schuldner[n], die aber als reine Ersatzklage wegfällt, sobald der Verletzte einmal vollen Ersatz erhalten hat[o]. Analog wird eine solche Klage als incerti condictio auch dem Pfandgläubiger beigelegt[p], und im Fall widerrechtlicher Besitzentziehung unbeweglicher Sachen angewendet[q].

Nach heutigem Recht nun findet die actio furti als Strafklage überall nicht mehr statt; eine Klage auf einfachen Ersatz aber muß jedem eingeräumt werden, dessen rechtliches Interesse durch die Entwendung verletzt ist, auch wenn die condictio furtiva nach römischem Recht nicht begründet wäre.

Anm. [1] L. 1. §. 3. D. h. t. 47. 2. Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Vgl. überhaupt: Dollmann, die Entwendung nach den Quellen des gem. Rts. Kempten 1834. Wächter im Rtslex. III. S. 354. fg.

[2] In der PGO. von Karl V., Art. 157. 158., ist die Privatstrafe des Doppelten und Vierfachen noch anerkannt bei dem einfachen geringen Diebstahl (unter 5 Goldgulden); aber auch in diesem Fall ist sie außer Gebrauch gekommen. Dollmann a. a. O. S. 112.

[3] Wegen gewaltthätiger Entziehung beweglicher Sachen hat das R. R. noch eine besondere (prätorische) Klage, actio vi bonorum raptorum, und zwar intra annum utilem auf das Vierfache, welche als mixta actio einerseits mit der actio furti, andererseits mit der condictio furtiva concurrirt. Vgl. Inst. vi bonorum raptorum. 4. 2. Dig. 47. 8. Cod. 9. 33. Sodann kommt eine gleiche Klage vor für den Fall der Entwendung in Feuersnoth und andern Unglücksfällen. Dig. de incendio, ruina, naufragio. 47. 9. Die Auszeichnung dieser Fälle hat heutzutage civilrechtlich kein Interesse mehr.

[4] Aus besondern Gründen wird im R. R. ein furtum nicht angenommen bei Erbschaftssachen, so lange der Erbe nicht Besitz von ihnen genommen hat, es möchte denn eines Andern rechtliches Interesse durch die Entwendung verletzt seyn. L. 68...71. 83. D. de furt. 47. 2. cf. L. 35. D. de usucap. 41. 3. Arndts im Rh. Mus. II. S. 132. Dafür gibt es ein besonderes Rechtsmittel, crimen expilatae hereditatis, das zugleich auf außerordentliche Bestrafung und auf Restitution des Entwendeten geht. Dig. expilatae hereditatis

[k] Dig. de condictione furtiva. 13. 1. Cod. 4. 8. cf. §. 14. J. de action. 4. 6 [l] L. 3. 7. 8. L. 14. §. 2. 3. D. l. c. L. 2. Cod. l. c. [m] L. 4...6. L. 7. §. 2. L. 16 cod. [n] L. 1. Cod. l. c. [o] L. 10. pr. D. l. c. L. 1. Cod. l. c. [p] L. 12. §. 2 D. l. c. cf. L. 22. pr. D. de pign. act. 13. 7. [q] L. 25. §. 2. D. de furt. 47. 2.

47. 19. Cod. 9. 32. Nach heutigem Recht iſt auch dieſe Beſonderheit von keiner Bedeutung mehr.

B. Beſchädigung.

§. 324.

1) Entſchädigungspflicht nach der lex Aquilia [a].

Nach der lex Aquilia [1] und deren analoger Ausdehnung [b] iſt jeder, welcher durch ſein ſchuldvolles alſo widerrechtliches Thun [c], es ſey mit böſem Vorſatz oder nur aus Mangel gehöriger Vorſicht [d], eine Sache beſchädigt oder vernichtet oder doch denſelben Effect hervorbringt, als ob ſie vernichtet wäre [e], oder den Körper einer freien Perſon verletzt [f], verpflichtet, für den dadurch geſtifteten Schaden (damnum iniuria datum) dem Beſchädigten vollen Erſatz zu leiſten [g]. Die Klage darauf iſt die actio legis Aquiliae, directa oder utilis und in factum actio accommodata legi Aquiliae [h]. Sie ſteht nicht bloß dem Eigenthümer [i], ſondern auch, ſelbſt gegen dieſen, andern dinglich berechtigten Perſonen [k], beziehungsweiſe dem körperlich Verletzten [l] oder deſſen Gewalthaber [m] zu. Nach römiſchem Rechte geht ſie gegen den Läugnenden auf das Doppelte [n], und hat auch außerdem den Charakter einer Strafklage [o] vermöge der Beſtimmung, daß der höchſte Werth der Sache im letzten Jahre (bei Tödtung von Sklaven oder vierfüßigem Vieh) oder in den letzten dreißig Tagen (bei anderer Schadensſtiftung) der Schätzung zum Grunde zu legen ſey [p]. Nach heutigem Recht gilt ſie überall nur als bloße Erſatzklage, die aber als Delictsklage nur mit Beſchränkung gegen den Erben geht [q]. Nur rückſichtlich des Beweiſes des Werthes kommt dem Kläger noch jetzt jene Zeitbeſtimmung zu Gute, und mehrere Schuldige haften ihm ſolidariſch [r]. Im Fall der Körperverletzung eines Freien geht nach römiſchem

[a] Inst. de lege Aquilia. 4. 3. Dig. ad legem Aquiliam. 9. 2. Cod. 3. 35. [b] §. 16. h. t. L. 27. §. 19...21. L. 30. §. 2. L. 33. §. 1. D. h. t. [c] L. 13. §. 2. D. de usufr. 7. 1. L. 30. §. 3. D. h. t. cf. L. 4. 5. pr. L. 29. §. 1. L. 49. §. 1. eod. [d] L. 5. §. 1...3. L. 6. L. 8. §. 1. L. 10. L. 44. D. eod. (§. 85.). [e] L. 7. §. 1. et sq. L. 27. §. 5. et sq. eod. [f] L. 5. §. 3. ... L. 7. pr. §. 4. L. 13. pr. eod. [g] L. 21. §. 2. ... L. 23. §. 6. L. 29. §. 3. L. 33. 37. §. 1. eod. (§. 206.). [h] L. 11. D. de praescript. verb. 19. 5. L. 9. §. 2. 3. L. 29. §. 5. L. 33. §. 1. L. 53. D. h. t. §. 16. eod. [i] L. 2. pr. L. 11. §. 6. L. 27. §. 5. eod. cf. L. 19. 20. eod. [k] L. 11. §. 8. 10. L. 12. L. 17. pr. eod. [l] L. 13. pr. eod. [m] L. 7. pr. §. 4. eod. [n] L. 2. §. 1. L. 23. §. 10. eod. L. 4. Cod. h. t. (§. 252.). [o] §. 9. J. h. t. L. 11. §. 2. D. h. t. (§. 105.) [p] §. 10. J. h. t. L. 2. pr. §. 2. L. 21. 22. 23. §. 3. L. 27. §. 5. L. 29. §. 8. D. h. t. [q] §. 9. J. l. c. L. 23. §. 8. D. h. t. §. 104. Anm. 2. [r] L. 11. §. 2. eod. (§. 214.).

Recht die Klage nur auf Ersatz des verursachten Vermögensschadens, durch Heilungskosten und Verlust an Arbeitsgewinn[1]; nach heutigem Recht hat der Verletzte auch Anspruch auf ein sog. Schmerzengeld[2].

Anm. [1] Ueber den Inhalt des Gesetzes vgl. a) L. 2. pr. D. h. t. Lege Aquilia capite primo cavetur: *Qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel (quadrupedemve?) pecudem occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum domino aes dare damnas esto.* b) L. 27. §. 4. eod. Huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit. cf. Gai. III. 215. 216. c) L. 27. §. 5. eod. Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: *Ceterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.*

[2] Vgl. PGO. Art. 20. „... Sollen ... dem, so wider recht ... genanten wer, seiner schmach, schmerzen, kosten und schaden der gebürr ergetzung zu thun schuldig sein." Seuffert's Arch. I. 65. 220. IV. 227. Dagegen: L. 7. D. de his qui effud. 9. 3. Cicraticum autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem. — Die Praxis gibt zudem auch den Angehörigen des Verletzten oder Getödteten Anspruch auf lebenslängliche Unterstützung, nach dem Maße, wie sie solche von jenem zu erwarten hatten. Sint. §. 125. not. 21.

§. 325.

2) Besondere Fälle.

Besondere Klagen gibt das römische Recht noch 1) wegen böswilliger Schadensstiftung in einem Auflauf, damnum in turba datum, intra annum in duplum, post annum in simplum[a]; 2) wegen des in Feuersnoth oder andern Unglücksfällen absichtlich gestifteten Schadens, intra annum in quadruplum, post annum in simplum[b]; 3) wegen heimlichen Abhauens fremder Bäume oder Stauden, actio arborum furtim caesarum, auf das Doppelte[c]; 4) wegen böswilliger Verletzung einer Grabstätte, actio sepulcri violati[d], auf eine durch richterliches Ermessen zu bestimmende Summe für den speciell Berechtigten, eventuell als Popularklage auf eine Strafe von 100, und wenn die Verletzung durch Wohnen oder Verbauen geschah, von 200 aurei; 5) wegen unberechtigter Bestattung eines Todten, de mortuo illato, auf Wiederherstellung und arbiträre Geldstrafe[e]; 6) gegen Pächter öffentlicher Einkünfte

[a] L. 7. pr. eod. L. 7. D. de his qui effud. 9. 3.
[b] L. 4. D. vi bon. rapt. 47. 8. [b] L. 1. pr. D. de incendio. 47. 8. §. 323. Anm. 3
[c] Dig. arborum furtim caesarum. 47. 7. [d] Dig. de sepulcro violato. 47. 12
[e] L. 2. §. 2. D. de religios. 11. 7.

wegen der von ihnen oder ihren Dienern und Gehülfen in Beziehung auf ihr Geschäft verübten Beschädigungen, innerhalb eines Jahres, wenn sie nicht freiwillig Ersatz leisten, auf das Doppelte, später aufs Einfache[f]; 7) gegen denjenigen, welcher einen öffentlichen Weg auf das Grundstück eines Andern ausdehnt oder hinüberdrängt, viae receptae (oder reiectae?) actio, auf Entschädigung[g].

Nach heutigem Recht findet in allen diesen Fällen nur einfacher Schadensersatz, keine Privatstrafe mehr statt, und sind sie daher civilrechtlich nicht mehr besonders auszuzeichnen, sofern sie ohnehin schon unter die Lex Aquilia (§. 324.) fallen.

§. 326.

3) Haftung für Beschädigung durch Andere.

Wem durch Hinauswerfen oder Ausgießen aus einem an gangbarem Orte belegenen Hause eine Beschädigung zugefügt ist, der kann nicht nur den Thäter selbst mit der Aquilischen Klage[a], sondern auch statt dessen den Bewohner jenes Hauses oder des bestimmten Theiles desselben mit der prätorischen actio de effusis vel deiectis auf Schadensersatz belangen[b].

Anm. [1] Zu beachten a) solidarische Haftung mehrerer Mitwohner desselben Quartiers, mit Regreßansprüchen unter sich pro rata parte. L. 1. §. 10.... L. 4. D. h. t. b) Regreß gegen den wirklichen Thäter. L. 5. §. 4. eod. c) Utilis actio bei nicht bewohnten Gebäuden und Schiffen. L. 5. §. 3. L. 6. §. 3. eod. d) Anwendung der Klage wegen Herunterfallens von ausgestellten oder ausgehängten Sachen. L. 1. §. 3. eod. cf. L. 5. §. 12. eod.

[2] Nach R. R. geht die Klage wegen beschädigter Sachen auf das Doppelte. L. 1. pr. §. 4. D. h. t. Im Fall der Tödtung eines Freien gibt es eine Popularklage auf eine Strafe von 50 aurei. L. 1. pr. §. 5. eod. Außerdem hat dasselbe noch eine Popularklage auf 10 aurei wegen gefahrdrohenden Ausstellens oder Aushängens von Sachen, actio de posito vel suspenso. L. 5. §. 6...13. D. h. t. §. 1. J. l. c. Alles dieses ist nicht mehr praktisch; statt der Popularklagen tritt heutzutage öffentliche Strafe ein (Criminal- oder Polizeistrafe).

[3] Ueber einen andern Fall der Haftung für Beschädigung durch Andere vgl. §. 289.

§. 327.

4) Beschädigung durch Thiere.

Wenn ein Thier, ohne Zuthun eines Menschen, durch eine einer Gattung nicht gewöhnliche Wildheit (contra naturam sui

[f] L. 1...6. D. de publicanis. 39. 4.
[g] L. 3. pr. D. de via publ. 43. 11.
[a] L. 31. D. ad leg. Aquil. 9. 2.
[b] Dig. de his, qui effuderint vel deiecerint. 3. §. 1. 2. J. de obl. quasi ex del. 4. 5. vgl. §. 324. Anm. 2.

generis) Schaden verurſacht hat, ſo kann der Beſchädigte den Eigenthümer mit der actio de pauperie auf Schadenserſatz belangen[a], dieſer jedoch durch Hingeben des Thiers (noxae datio) von der Erſatzverbindlichkeit ſich befreien[1]. Eine eigene Klage, actio de pastu[b], übrigens mit gleicher Wirkung, kommt vor, wenn ein Thier, ohne poſitives Verſchulden eines Menſchen, fremde Früchte abgeweidet hat[2]. Gegen denjenigen, welcher gefährliche Thiere an einem gangbaren Orte hält, gab das Aedilitiſche Edict eine Klage auf doppelten Erſatz wegen durch ſie beſchädigter Sachen, auf Erſatz und arbiträre Geldſtrafe wegen Verwundung, und auf eine Strafe von 200 solidi wegen Tödtung eines Freien[c]. Heutzutage findet auch hier nur einfacher Schadenserſatz und nach Umſtänden eine arbiträre Criminalſtrafe ſtatt.

Anm. [1] L. 1. pr. D. h. t. Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur. actio ex lege XII. tabb. descendit; quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal, quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerri. (vgl. L. 4. eod. Haec actio utilis competit, et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit). Die Klage iſt demnach noxalis actio. wobei die Regel gilt: noxa caput sequitur. L. 1. §. 12...16. D. h. t. cf. L. 12. 13. 30. D. de noxal. act. 9. 4. — Nach R. R. kamen Noxalklagen noch vor wegen der von Sklaven (nach älterem Recht auch wegen der von Hauskindern) begangenen Delicte. D. de noxal. act. 9. 4. Cod. 3. 41. Inst. 4. 8. Dieſe ſind von ſelbſt weggefallen. Vgl. übrigens Zimmern, Syſtem der Noxalklagen. Heidelberg 1818. — Weiter geht die neuere Geſetzgebung, z. B. Code Nap. art. 1384. On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes, dont on doit repondre (namentlich: enfants mineurs, domestiques et préposés, élevés et apprentis)... à moins que les pères et mères, les instituteurs et artisans ne prouvent, qu'ils n'ont pu empêcher le fait, qui donne lieu à cette responsabilité. Art. 1385. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fut sous sa garde, soit qu'il fut égaré ou échappé.

[2] Eine actio de pastu, als noxalis actio ohne Vorausſetzung Aquiliſcher Culpa, wird von manchen geleugnet. Seuffert §. 430. not. 3. Sint. §. 127. not. 29. Sie iſt allerdings nur indirect in einer Stelle der Pandecten erwähnt, nur erſt durch Paul. l. c. ihre nähere Erklärung erhält (not. b.). Aber da ſie dort doch als beſondere praktiſche Klage vorausgeſetzt wird, muß ſie wohl auch als verſchieden von der utilis legis Aquiliae actio (L. 6. Cod. 3. 35.) anerkannt werden.

[a] Inst. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. 4. 9. Dig. 9. 1. [b] arg. L. 44 §. 3. D. de praescript. verb. 19. 5. cf. Pauli sentt. I. 15. §. 1. L. 6. Cod. de lex Aquil. 3. 35. [c] L. 40. §. 1 ... L. 42. D. de aed. ed. 21. 1.

§. 328.

5) Beſchädigung durch andere Sachen. Cautio damni infecti [a].

Wenn wegen der mangelhaften Beſchaffenheit eines Grundſtücks [1], die nicht lediglich in deſſen natürlichem Zuſtande ſeinen Grund hat [b], insbeſondere wegen der Mangelhaftigkeit von Bauten und andern Anlagen [2], Schaden für ein Grundſtück zu befürchten iſt, ſo kann derjenige, welchem jenes Grundſtück oder das gefahrdrohende Werk auf demſelben gehört [3], falls er nicht daſſelbe aufzugeben vorzieht [c], von dem Bedrohten [4], der aber zuvor den Gefährdeeid zu ſchwören hat [d], angehalten werden, ſich durch ausdrückliches Verſprechen zum Erſatz des daraus entſtehenden Schadens [e] zu verpflichten, d. i. cautionem damni infecti zu leiſten [5]. Weigert er ſich deſſen, ſo wird der Berechtigte durch richterliche Verfügung in den Beſitz der gefahrdrohenden Sache eingewieſen, zunächſt bloß custodiae causa, ohne Verdrängung des Verpflichteten, d. i. missio in possessionem ex primo decreto [f], nach angemeſſener Friſt aber, wenn dieſe ohne Erfolg bleibt, durch eine zweite Verfügung ſo, daß das Recht des Verpflichteten [6] dem Cautionsberechtigten gänzlich eingeräumt wird, d. i. missio in possessionem ex secundo decreto [g]. Widerſetzt ſich der Verpflichtete der Beſitzeinweiſung, ſo hat der Berechtigte die Wahl, entweder dieſe durch ein prohibitoriſches Interdict zu behaupten oder auch die Caution als geleiſtet zu betrachten und mit einer actio in factum Erſatz des eingetretenen Schadens zu fordern [h]. Aber auch außerdem wird nach bereits eingetretenem Schaden [7] dem Beſchädigten durch Aufgung einer cautio de damno praeterito, beziehungsweiſe durch Erſatzklage oder nachträgliche Beſitzeinweiſung geholfen, wenn entweder das Cautionsgeſuch nicht aus Nachläſſigkeit unterblieben, ſondern deſſen Verſäumung durch gerechte Gründe entſchuldigt iſt [i], oder der Schaden erſt nach bereits angebrachtem Cautionsgeſuche oder ſchon ertheilter Beſitzeinweiſung eingetreten iſt, ehe jenem

[a] Dig. de damno infecto et de suggrundis et protectionibus. 39. 2. [b] L. 24. 2. D. h. t. L. 7. pr. §. 2. L. 24. pr. §. 7. 9. 12. eod. L. 27. §. 10. D. ad leg. Aquil. 2. L. 18. 29. D. de s. p. u. 8. 3. [c] L. 7. §. 2. L. 9. pr. D. h. t [d] L. 7. pr. 13. §. 3. 12. 13. eod. [e] L. 24. §. 3...5. L. 28. 29. L. 37. 40. pr. eod. cf. L. 13. 1. D. de s. p. u. 8. 2. — L. 26. D. h. t. [f] L. 7. pr. L. 15. §. 11...15. 20. 31. 1. eod. cf. L. 4. §. 1. L. 38. §. 1. eod. [g] L. 4. §. 4...6. L. 15. §. 16. 21...27. od. (§. 93. Anm. 3.). [h] L. 4. pr. §. 1. 2. D. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. 43. 4. L. 4. §. 2. L. 7. pr. L. 25. §. 36. L. 16. 17. 18. §. 13...15. h. t. L. 7. §. 2. ... L. 9. pr. eod.

überhaupt eine Folge gegeben [k] oder in Folge dieſer der Beſitz wirklich ergriffen worden iſt [l]. In andern Fällen hat der Beſchädigte nur das Recht, die in ſeine Gewalt gekommenen beſchädigenden Gegenſtände zurückzuhalten, wenn ihm nicht Entſchädigung gewährt wird [m]. Eine cautio de damno infecto kann übrigens auch in verſchiedenen andern Fällen gefordert werden, wo nämlich Jemand kraft einer ihm zuſtehenden Befugniß auf unſerm Grund und Boden etwas vornehmen will, wovon für dieſen ein Schaden zu befürchten ſteht [n].

Anm. [1] Die Hauptſtelle hierüber iſt L. 7. pr. §. 1. D. h. t. Praetor ait: *Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari iubebo ei, qui iuraverit, non calumniae causa id se postulare, eumve, cuius nomine agit, postulaturum fuisse, in eam diem, quam causa cognita statuero. Si controversia erit, dominus sit necne, qui cavebit, sub exceptione satisdari iubebo. De eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubebo. Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire, et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo. In eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit, quae mea est, cautum fuisset. Eius rei nomine, in cuius possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine non satisdabitur, eum, cui non satisdabitur, simul in possessione esse iubebo.* Vgl. überhaupt Bang. III. §. 678. Groh, über die Caution wegen zukünftigen Schadens. München 1854.

[2] Manche beſchränken die cautio damni infecti nur auf Häuſer und ſonſtige Vorrichtungen. Puchta §. 394. Aber vgl. L. 24. §. 12. D. h. t. „stipulatio enim hoc continet, quod vitio aedium', loci, operis damnum fit". L. 24. §. 9. eod. „si quid arborum locive vitio acciderit." L. 18. D. rat. rem hab. 46. 48. „in stipulatione damni infecti . . . cavet . . . *si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur.*" cf. L. 24. §. 2. h. t. „Vitium autem aedium et loci . . . quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit." Weiske, quaest. iur. civ. Lipsiae 1831. nro. 1.

[3] Der Eigenthümer L. 10. h. t.; Beſitzer in gutem Glauben, L. 15. pr. eod.; Superficiar und Emphyteuta, L. 9. §. 4. L. 25. §. 26. eod.; Nutznießer, L. 9. §. 5. eod.; Pfandgläubiger, L. 11. 15. §. 25. eod. cf. L. 19. pr. eod. (§. 126. Anm. 1.). Verſchiedene Berechtigte neben einander, L. 9. §. 4. 5. L. 22. pr. eod.; Miteigenthümer pro rata parte, L. 27. in f. L. 40. §. 3. eod. — Unternehmer von Anlagen auf öffentlichen Grundſtücken: L. 15. §. 2. 3. L. 19. §. 1. L. 24. pr. eod.

[k] L. 15. §. 28. eod. [l] L. 15. §. 32. 34. 35. L. 44. pr. eod. [m] L. 7. §. 2. L. 9. §. 1. 2. eod. cf. L. 9. §. 3. eod. L. 5. §. 4. D. ad exhib. 10. 4. [n] L. 5. §. 5. L. 9. §. 1. L. 15. D. ad exhib. 10. 4. L. 19. §. 4. D. locati. 19. 2. §. 192. not. i.

[4] L. 18. pr. h. t. Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam, cuius periculo res est; daher nicht blos dem Eigenthümer und andern dinglich Berechtigten, auch mehreren neben einander, L. 5. §. 2. L. 11. 13. §. 8. L. 39. §. 2. eod., cf. L. 27. eod., ſondern auch blos obligatoriſch berechtigten Inhabern, L. 13. §. 5. L. 21. 38. pr. eod. cf. L. 13. §. 4. eod; ob auch dem bonae fidei possessor? L. 11. 13. §. 9. D. h. t. Ihering Abh. S. 104. 111. Groh S. 18. fg. Dagegen Bang. a. a. O. Jedoch: L. 13. §. 3. h. t. Quisquis igitur iuraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem, et non inquiretur, utrum intersit eius, an non, vicinas aedes habeat, an non habeat; totum tamen hoc iurisdictioni praetoriae subiiciendum, cui cavendum sit, cui non. — Uebrigens wird vorausgeſetzt, daß der Bedrohte nicht ohnehin durch eine Klage gegen den Schaden gedeckt ſey: L. 13. §. 8. L. 18. §. 2. 4. L. 20. 32...34. D. h. t.; daher können nicht Miteigenthümer gegen einander Caution fordern: L. 32. cit.; jedoch ſtreitig, ob nicht eine Ausnahme bezüglich gemeinſchaftlicher Mauern ſtattfinde? L. 39. pr. 43. §. 1. eod. cf. L. 28. 35...37. eod. L. 13. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. Bang. §. 678. a. E. Ueber Stellvertretung vgl. L. 7 pr. L. 13. §. 13. L. 39. §. 3. D. h. t.

[5] Verbalcaution (nuda repromissio) von Seiten des Eigenthümers und b. f. possessor, ſowie desjenigen, welcher als Inhaber einer Grunddienſtbarkeit eine Anlage gemacht hat, L. 13. pr. §. 1. L. 30. §. 1. h. t.; Satisdatio von Seiten Anderer, L. 9. §. 4. 5. L. 10. 11. eod. cf. L. 7. pr. eod. vgl. Seuffert's Arch. IV. 11. VII. 185. — Beſchränkung auf eine angemeſſene Zeitfriſt: L. 4. pr. 7. pr. L. 13. §. 15. L. 14. eod. cf. L. 15. pr. §. 1. eod.

[6] Alſo, gemäß Anm. 3., Eigenthum (nach älterem Recht freilich nur bonitariſches), L. 15. §. 17. 32. h. t. L. 5. 7. §. 9. D. commun. div. 10. 3. L. 1. pr. D. de fundo dot. 23. 5.; nach Umſtänden nur Uſucapionsbeſitz, L. 5. pr. L. 12. 15. §. 16. 26. D. h. t. L. 3. §. 23. D. de poss. 41. 2. (welche Stellen nach älterm Recht freilich wohl auf die Verwandlung des bonitariſchen in quiritiſches Eigenthum ſich bezogen); Emphyteuſe oder Superficies, Ausübung des Nießbrauches, Beſitz der Pfandſache mit Ausſchließung des Pfandgläubigers, während dieſe dinglichen Rechte, wenn zugleich gegen deren Inhaber und gegen den Eigenthümer die Beſitzeinweiſung erwirkt iſt, ganz beſeitigt werden. L. 9. §. 4. 5. L. 12. 15. §. 24...27. D. h. t. — Mehrere gleichzeitig Immittirte werden Miteigenthümer zu gleichen Theilen. L. 5. §. 1. L. 15. §. 17. 18. L. 40. §. 4. eod. — Nach heutiger Uebung läßt man wohl, anſtatt die Beſitzeinweiſung zu verfügen, die Baufälligkeit „von Amtswegen wenden und die nöthigen Koſten von dem Inhaber des baufälligen Hauſes executive einbringen, oder, ofern er nicht im Stande iſt, das Haus quanti plurimi verkaufen und die nöthige Reparatur durch den Käufer verfügen.“ Bayer. Landr. IV. 16. §. 10.

[7] L. 9. pr. h. t. Hoc amplius Julianus (ait) posse dici, compellendum eum, ut etiam de praeterito damno caveret; quod enim re integra custoditur, hoc non iniqne etiam post ruinam aedium praestabitur.... Denique, si quis propter angustias temporis aut quia reipublicae causa aberat, non potuerit damni infecti stipulari, non inique praetorem

curaturum, ut dominus vitiosarum aedium aut damnum sarciat aut aedibus careat: sententiam Juliani utilitas comprobat. — Unbedingt huldigt dieser utilitas die neuere Gesetzgebung, z. B. Code Nap. art. 1835. Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par un suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. vgl. §. 327. Anm. 1. a. E.

C. Widerrechtliche Störung thatsächlicher Zustände.

§. 329.

1) Interdictum quod vi aut clam [1].

Hat Jemand gewaltthätig oder heimlich, vi aut clam [a], zum Nachtheil eines Andern mit einem Grundstück eine Aenderung vorgenommen, opus in solo factum [b], so hat dieser das interdictum quod vi aut clam gegen jenen auf Wiederherstellung des früheren Zustandes und vollen Schadensersatz [c]; gegen den Erben, soweit ihm etwas zugekommen ist [d]; gegen andere Besitzer blos auf Gestattung der Wiederherstellung durch den Kläger [e]. Als gewaltthätig aber gilt jede Aenderung, welche wissentlich gegen den durch Wort oder That [2] erklärten Einspruch (prohibitio) des Benachtheiligten oder seines Stellvertreters unternommen ist [f]; als heimlich diejenige, deren Vornahme vor solchen, von denen Einspruch zu befürchten war, verhehlt worden ist [g]. Die Berufung auf das Recht zur Aenderung [3] schützt den Beklagten nicht [h]. Eine Einrede aber begründet es, 1) wenn der Beklagte sich auf das Verbot bereit erklärt hat, unter Cautionsleistung den Proceß über sein Recht zu übernehmen [i], 2) wenn er durch Richterspruch [k] oder eine sonstige obrigkeitliche Anordnung [l] zu dem Werke ermächtigt worden, 3) wenn die Aenderung nur in Beseitigung des vom Kläger gewaltthätig oder heimlich Geschehenen bestand [m], 4) wenn der Einspruch ausdrücklich oder stillschweigend zurückgenommen ist [n], und 5) wenn seit der letzten Thätigkeit am Werke ein Jahr abgelaufen ist [o].

[a] Dig. quod. vi aut clam. 43. 24. [b] L. 1. §. 4. L. 7. §. 5. 8...10. L. 8...11. §. 3. L. 20. §. 4. 5. D. h. t. [c] L. 1. §. 1. L. 15. §. 7...12. eod. [d] L. 15. §. 3. eod. (§. 104. Anm. 2.). [e] L. 7. pr. L. 11. §. 6. L. 13. §. 7. L. 14. 15. eod. L. 16. §. 2. eod. [f] L. 1. §. 5...11. L. 2. 3. pr. §. 1. L. 20. pr. §. 1. eod. [g] L. 3. §. 7. 8. L. 4. 5. pr. §. 1...6. eod. [h] L. 1. §. 2. eod. [i] L. 3. §. 5. eod. [k] L. 7. §. 2. eod. [l] L. 7. §. 4. eod. [m] L. 7. §. 3. L. 22. §. 2. eod. [n] L. 1. §. 9. L. 3. §. 2. 3. L. 20. §. 2. eod. [o] L. 15. §. 3...6. eod.

Anm. [1] Vgl. G. Haſſe im Rh. Muſ. IV. 1. Francke im civ. Archiv XXII. 14. Schmidt in Linde's Ztſchr. n. F. I. 7. Zimmermann im civ. Arch. VII. 9. S. 230. fg.

[2] L. 20. pr. D. h. t. Vi facit tam is, qui prohibitus fecit, quam is, qui, quominus prohibeatur, consecutus est, periculum puta adversario denuntiando, aut ianua puta praeclusa. §. 1. Prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu, id est, vel dicentis se prohiberi vel manum opponentis lapillumve iactantis prohibendi gratia. cf. L. 6. §. 1. D. si serv. vind. 8. 5. L. 5. §. 10. D. de op. n. n. 39. 1. („lapilli iactu prohibere"). Schmidt a. a. O. S. 359. fg. Nicht im R. R. gegründet iſt, was Zimmermann a. a. O. behauptet, daß das nackte Verbot an und für ſich noch keine Wirkung habe, vielmehr vorausgeſetzt werde, daß der Unternehmer durch ſeine Anzeige (denuntiatio) das bei dem Unternehmen mögliche Intereſſe des Andern ausdrücklich anerkannt und nun trotz dieſer Anerkennung „gegen das auf erfolgte Anzeige ergangene Verbot des Andern" gehandelt habe. Von vorgängiger Anzeige und deren Erforderniſſen iſt in den Quellen gar nicht als einer Vorausſetzung wirkſamen Verbotes, ſondern nur in ſofern die Rede, als dadurch der Vorwurf der Heimlichkeit beſeitigt werden kann. (not. q.)

[3] Für den Fall, daß man in suo aliquid fecit, iſt anderer Meinung Francke a. a. O., geſtützt auf L. 5. §. 10. D. cit. Dagegen L. 6. §. 1. cit. Schmidt S. 353. fg. Gegen unbefugte Prohibition kann ſich der Eigenthümer nach Umſtänden durch Beſitzklagen ſchützen (§. 171. 172.) oder auch durch Injurienklage (§. 339.). Vgl. aber Seuffert's Arch. VII. 45. „Wenn auch im R. R. ſchon da eine vis angenommen wird, wo dem Verbote einer Privatperſon entgegengehandelt worden, ſo haben doch dieſe Grundſätze in der deutſchen Jurisprudenz keine Anwendung gefunden; vielmehr wird verlangt, daß der Prohibent kraft eines Rechts, wenn auch nur eines Beſitzrechts, zum Verbote befugt geweſen ſey." Schäffer in deſſen Arch. I. S. 4. fg. Uebrigens wird das Interdict überhaupt als unpraktiſch angeſehen von Schmidt S. 382. fg. Sint. §. 124. not. 58. Dagegen Rudorff zu Puchta §. 386. not. q. Seuffert's Arch. V. 25. 58. Zimmermann a. a. O. S. 237. fg. Vgl. auch den Heſſiſchen Entw. e. bürg. Geſetzb. Abth. IV. Art. 673. „Wer durch eine gewaltſame oder heimlicher Weiſe vorgenommene Veränderung an einer unbeweglichen Sache einem Andern einen Nachtheil zugefügt hat, iſt zur Wiederherſtellung ... und zum Erſatze ... verpflichtet. — Die Veränderung gilt als eine gewaltſame, wenn ſie ohngeachtet des von dem Beſchädigten dagegen erhobenen Einſpruchs auf fremdem Gute, oder, ungeachtet des von einem dritten rechtmäßig dagegen erhobenen Einſpruchs, auf eigenem Gute vorgenommen worden iſt; u. ſ. w." Dazu die Motive S. 260. fg.

§. 330.

2) Operis novi nuntiatio [a].

Wenn mit einem Grundſtück eine Veränderung durch oder an Bauten unternommen wird, opus novum in solo factum

[a] Dig. de operis novi nuntiatione. 39. 1.

oder solo coniunctum [b], wovon für dasselbe oder ein anderes Grundstück, unmittelbar oder durch Verletzung demselben zustehender Rechte, Schaden zu befürchten ist [c], so kann durch operis novi nuntiatio [1], d. i. durch eine gegen das Werk gerichtete [2] ausdrückliche Verwehrung [d], bewirkt werden, daß dieses einstweilen unterbleiben muß [e], widrigenfalls durch das interdictum de opere restituendo (oder sog. interd. demolitorium), ohne Frage nach dem Rechte zur Vornahme des Werkes [f], Herstellung des zur Zeit der Nuntiatio bestehenden Zustandes erlangt werden kann [3], gegen den schuldvoll Zuwiderhandelnden selbst auf dessen Kosten, gegen dessen Erben, soweit diesen etwas zugekommen ist, gegen andere Besitzer auf Kosten des Klägers [g]. Das Recht solcher Verwehrung hat der Eigenthümer des gefährdeten Grundstücks [h], nicht auch Miteigenthümer gegen einander [i]; sodann der Superficiar [k] und Emphyteuta [4], der Pfandgläubiger [l]; der Nutznießer nur procuratorio nomine, also nicht gegen den Eigenthümer [m]; sie kann auch sonst für den Berechtigten durch einen Stellvertreter geschehen [n]. Der Nuntiant muß aber alsbald sein Recht zur Verhinderung klagend geltend machen [o], dabei auf Verlangen den Gefährdeeid schwören [p], und, wenn er als Stellvertreter handelt, cautio pro rato leisten [q]; andernfalls wird die Nuntiatio durch den Richter aufgehoben, remittirt [r], und natürlich wird diese auch dadurch beseitigt, daß das Verhinderungsrecht dem Nuntianten rechtskräftig abgesprochen wird [5]. Verzieht sich der Streit über drei Monate, so wird dem Nuntiaten die Fortsetzung des Werkes gestattet, falls er unter bürgschaftlicher Sicherheitsleistung verspricht, daß er im Fall des Unterliegens den früheren Zustand auf seine Kosten wiederherstellen werde [s], sog. cautio de demoliendo [6]; er wird alsdann durch ein prohibitorisches Interdict „ne vis fiat aedificanti [7]“ gegen fernere Störung

[b] L. 1. §. 11...14. D. h. t. [c] L. 1. §. 16...20. L. 3. §. 3. L. 5. pr. §. 6. 8. 9. L. 8. pr. L. 9. eod. cf. L. 14. eod. L. 3...5. D. de remission. 43. 25. [d] L. 1. §. 2...5. L. 5. §. 2...5. L. 10. 11. D. h. t. [e] L. 1. pr. §. 7. eod. [f] L. 20. §. 3. 4. eod. [g] L. 20. pr. §. 1...8. L. 22. 23. eod. cf. L. 8. §. 7. eod. L. 3. §. 3. D. de alienat. iud. mut. c. 4. 7. (vgl. §. 104. Anm. 2.). [h] L. 1. §. 19. D. h. t. L. un. §. 3. D. de remission. 43. 25. [i] L. 3. §. 1. 2. D. h. t. [k] L. 3. §. 3. eod. [l] L. 9. eod. cf. L. un. cit. §. 5. [m] L. un. cit. §. 4. L. 1. §. 20. L. 2. D. h. t. [n] L. 1. §. 3. L. 5. §. 18. L. 7. §. 1. eod. [o] L. un. Cod. de novi operis nuntiatione. 8. 11. cf. L. 1. §. 9. D. h. t. [p] L. 5. §. 14. eod. [q] L. 5. §. 18. 20. L. 13. pr. eod. [r] L. un. Dig. de remissionibus. 43. 25. [s] L. un. Cod. h. t. 8. 11. cf. L. 5. §. 17. L. 8. §. 2. 4. L. 13. §. 1. L. 20. §. 1. 4. L. 21. D. h. t. — cap. 3. 4. X. de op. n. n. 5. 32.

des Werkes geſchützt [t]. Uebrigens verliert die Nuntiatio ihre Wirkung auch durch den Tod des Nuntianten oder Veräußerung des Grundſtücks, wofür ſie geſchehen [u], ſodann durch Uebereinkunft [v]; ſie iſt von Anfang an wirkungslos in Fällen, wo die Verzögerung des Werkes gefährlich und dem gemeinen Wohl zuwider iſt [w].

Anm. [1] Vgl. überhaupt G. Haſſe im Rh. Muſ. III. S. 579...630. Bang. §. 676. Heimbach im Rtslex. VII. S. 580. fg. Schmidt (von Ilmenau) in Linde's Ztſchr. n. F. VIII. 2. Zimmermann a. a. O. S. 218. fg.

[2] L. 10. h. t. Op. n. nuntiatio in rem ſit, non in personam: L. 5. §. 2. 3. ibid. „in re praesenti ... non utique domino ... sic ut domino possit renuntiari." — Genaue Bezeichnung des Gegenſtandes der Verwehrung: L. 5. §. 15. 16. L. 8. §. 1. 5. D. h. t. — Die Nuntiatio eine außergerichtliche Handlung, ſog. privata o. n. n.: L. 1. §. 2. eod.; dagegen publica o. n. n.? L. 16. eod., per praetorem? L. 3. §. 1. L. 5. §. 10. eod. vgl. Anm. 5.; praetori? L. 5. §. 7. eod. vgl. Bang. S. 508. — Sog. verbalis im Gegenſatz von ſog. realis o. n. n.? Heimbach S. 606.

[3] L. 20. pr. D. h. t. Praetor ait: *quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas.*

[4] Dagegen Heimbach S. 582. fg. 588., weil nur für ein gefährdetes Gebäude die Nuntiatio ſtattfinde: vgl. §. 196. Anm. 2.

[5] L. un. pr. D. de remission. Ait praetor: *Quod ius sit illi prohibere ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat: ceterum nuntiationem missam facio.* Wohl mit Recht nimmt Schmidt S. 43. fg. an, dies ſey die Formel geweſen, in welcher der Prätor die Remiſſion ausſprach. Aber nicht anzunehmen iſt es, daß der Nuntiant, wenn etwa der Nuntiat keine Caution leiſtete, die Klage willkürlich verzögern konnte, ohne deshalb Remiſſion fürchten zu dürfen; gewiß wurde vielmehr nur, wenn der Nuntiant, dem Nuntiaten vor den Prätor folgend (L. 1. §. 9. h. t.), ſein Recht geltend zu machen bereit war, die Geſtattung einſtweiliger Fortſetzung des Werkes von der Satisdatio des letzten abhängig gemacht (vgl. Haſſe S. 615. fg.). Nach Juſtinian's L. un. Cod. h. t. muß jedenfalls der Streit über das Recht ſofort nach der Nuntiatio eingeleitet werden. In Verbindung damit ſteht der Satz: In operis autem novi nuntiatione possessorem adversarium facimus: L. 1. §. 6. D. h. t. vgl. Basilic. LVIII. 10. §. 6. (edit. Heimb. vol. V. pag. 205.) *Ὁ παραγγέλλων γίνεται ἐνάγων.* cf. L. 7. §. 2. D. quod vi. 43. 24. Daher, weil das nach erlangter Remiſſion (oder was ihr gleichſtand) Geſchehene nicht mehr als vi factum erſcheint, die Nuntiation nicht immer räthlich iſt: L. 5. §. 10. D. h. t. Meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro aedificare vel in nostrum immittere vel proiicere velit, melius esse, eum per praetorem (d. i.

[t] L. 20. §. 9...16. eod. [u] L. 8. §. 6. eod. [v] L. 1. §. 10. eod. [w] L. 5. §. 11...13. D. h. t.

interdicto uti possidetis, §. 171. Anm. 2. §. 192. Anm. 4.) vel per manum. id est lapilli iactum (§. 329. Anm. 2.) prohibere, quam operis novi nuntiatione. Ceterum o. n. nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. At si in suo quid faciat, tunc o. n. nuntiatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit, interdicto adversus eum *quod vi aut clam aut uti possidetis* uti. Hasse im Rhein. Muſ. IV. S. 42. fg. Schmidt in Linde's Ztſchrft. n. F. I. S. 371. fg.

[6] Die dreimonatliche Friſtbeſtimmung rührt von Juſtinian her: L. un. Cod. h. t., anerkannt in cap. 4. X. h. t. Verſchiedene Erklärungen darüber: Hasse S. 647. fg. Heimbach S. 598. Bang. S. 516. fg. Beſchränkung der Caution auf eine gewiſſe Zeit. L. 13. §. 1. D. h. t. Erbieten zur Cautionsleiſtung gilt dieſer gleich, wenn ſie nicht angenommen wird. L. 20. §. 5. D. h. t. — Iſt die Nuntiatio damni depellendi, nicht iuris conservandi causa geſchehen (not. c.), ſo iſt cautio damni infecti zu leiſten. L. 1. §. 16. 17. D. h. t.

[7] L. 20. §. 9. h. t. Deinde ait praetor: *Quem in locum nuntiatum, est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, si de ea re satisdatum est, quod eius cautum sit, aut per te stat, quominus satisdetur, quominus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto.*

[8] Ueber die heutige Anwendung der römiſchen Grundſätze über Nuntiatio, beſtritten von Sint. §. 124. not. 59., vgl. Seuffert Arch. III. 58. 174. V. 28. VII. 44. 45. Schäffer a. a. O. S. 220 fg. Ueblich iſt es jetzt, ein richterliches Verbot (Inhibitorium) gegen das begonnene Werk nachzuſuchen, deſſen Inſinuation dann erſt die Wirkungen der Nuntiatio nach ſich zieht. Seuffert §. 420. vgl. Zimmermann a. a. O. S. 220 fg. Für Deutſchland bezeugt unter andern ſchon Carpzow im 17. Jahrh. „Ut plurimum per praetorem sive iudicis iussu et auctoritate novum hodie opus nuntiari, probat observantia“. wie für Frankreich Cuiacius im 16. Jahrh. „moribus Galliae nuntiationem novi operis non fieri sine speciali iussu iudicis.“

[9] Nach R. R. konnte auch publici iuris tuendi gratia jeder Bürger opus novum nuntiare, und dadurch den Bauunternehmer, der von dem Werke nicht ablaſſen wollte, zu einer repromissio (ſog. Verbalcaution) de opere restituendo anhalten. L. 1. §. 14. 16...18. L. 3. §. 4. L. 4. L. 20. §. 13. D. h. t. Dies iſt heutzutage entſchieden unpraktiſch.

§. 331.

3) Aquae pluviae arcendae actio [a].

Wenn von einer zur Veränderung des Waſſerlaufs [b] auf einem Privatgrundſtück [c] gemachten Vorrichtung (opus manu factum [d]) Schaden durch Regenwaſſer, allein oder in Verbindung mit

[a] Dig. de aqua et aquae pluviae arcendae. 39. 3. vgl. §. 131. Anm. unter 8.
[b] L. 1. §. 3...9. 15. D. h. t. [c] L. 3. §. 3. L. 18. pr. eod. cf. L. 4. pr. eod
[d] L. 1. §. 1. 8. 14. 15. L. 2. §. 5. 6. L. 11. §. 6. eod.

Quellwasser [e], für ein Feldgrundstück [f] zu befürchten ist [g], so hat der Eigenthümer des letzten [h], desgleichen der Emphyteuta [i], utiliter auch der Nutznießer [k], gegen den Eigenthümer oder emphyteutischen Besitzer des ersten Grundstücks [l], utiliter auch gegen den Nutznießer [m], gegen Miteigenthümer pro rata parte [n], die aquae pluviae arcendae actio auf Wiederherstellung des frühern Wasserlaufes, je nachdem der Beklagte Urheber jener Vorrichtung ist oder nicht, auf dessen oder auf des Klägers Kosten [o], und kann damit zugleich Ersatz des seit Beginn des Rechtstreites wirklich eingetretenen Schadens erlangen [p]. Der Beklagte ist jedoch gegen die Klage geschützt, wenn vermöge einer Dienstbarkeit [q], oder vermöge ausdrücklicher oder stillschweigender Gestattung [r], oder zufolge obrigkeitlicher Anordnung, deren Beweis durch Unvordenklichkeit des gegenwärtigen Zustandes ersetzt wird [s], die fragliche Vorrichtung als eine berechtigte sich darstellt. Dagegen findet die Klage als utilis actio auch dann statt, wenn eine an sich berechtigte Vorrichtung, die Jemand auf eigenem oder fremdem Grundstück hat, in Folge zufälliger Umstände eine schädliche Aenderung des Wasserlaufes befürchten läßt [t].

Anm. Vgl. überhaupt Schneider in Linde's Ztschr. V. 22. Schmidt von Ilmenau) civ. Abh. S. 91...204. (Darüber von der Pfordten in d. krit. Jahrb. VII. S. 581. fg.). Elvers, über das Recht des Wasserlaufes, in der Themis n. F. I. 13. S. 497. fg. Seuffert's Arch. I. 68. IV. 96. V. 141. VII. 46. 47.

§. 332.

4) Interdicte zum Schutze des Gebrauches öffentlicher Sachen.

Unter den Gesichtspunkt widerrechtlicher Störung thatsächlicher Zustände können auch die possessorischen Interdicte gestellt werden (§. 171—173. 192.). Außerdem gehören hieher eine Reihe von Interdicten, welche den Gebrauch öffentlicher Sachen gegen Beeinträchtigung durch Willkür Einzelner zu schützen bezwecken [1]. Diese sind aber durchgängig nicht mehr praktisch; nach heutigem Recht

[e] L. 1. pr. §. 15. eod. cf. L. 1. §. 23. L. 3. pr. §. 1. eod. [f] L. 1. §. 17. eod. cf. L. 23. §. 1. L. 25. eod. [g] L. 1. pr. §. 1. 2. L. 14. §. 2. L. 24. §. 2. eod. cf. L. 1. §. 21. L. 2. §. 9. eod. [h] L. 6. §. 4. L. 26. pr. cf. L. 11. §. 4. eod. [i] L. 23. §. 1. eod. [k] L. 22. pr. cf. L. 3. §. 4. eod. [l] L. 4. pr. §. 2. L. 5. L. 23. §. 1. eod. [m] L. 22. §. 2. eod. [n] L. 11. §. 2. eod. [o] L. 5. 6. §. 6. 7. L. 7. §. 1. L. 11. §. 2. 3. L. 12. 22. §. 1. eod. [p] L. 6. §. 6. L. 11. §. 3. eod. [q] L. 1. in f. eod. [r] L. 19. 20. eod. [s] L. 1. §. 23. L. 2. §. 3. L. 23. pr. §. 2. eod. [t] L. 2. §. 5...7. D. h. t.

wird hier regelmäßig durch obrigkeitliches Einschreiten von Amtswegen, wenn auch auf Privatanzeige, geholfen [2].

Anm. [1] Die einzelnen Fälle dieser Art werden durch folgende Titel der Digesten bezeichnet: ne quid in loco sacro fiat. 43. 6.; de locis et itineribus publicis, und ne quid in loco publico vel itinere fiat. 43. 7. und 8.; de via publica et si quid in ea factum esse dicatur. 43. 10.; de via publica et itinere publico reficiendo. 43. 11.; de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur. 43. 12.; ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit. 43. 13.; ut in flumine publico navigare liceat. 43. 14.; de ripa munienda. 43. 15. Dazu noch L. 1. §. 15. 16. L. 2. D. de cloacis 43. 23. (§. 192. Anm. 3.). Vgl. Puchta §. 35a).

[2] Puchta a. a. O., obwohl anerkennend, daß officielles Einschreiten der gewöhnliche Weg sei, wie Verletzungen öffentlicher Sachen beseitigt werden, bemerkt doch: „Das R. R. eröffnet aber noch einen andern Weg, den eines Civilverfahrens durch eine Klage gegen den Verletzer, die entweder jedem Glied des Gemeinwesens als Vertreter der Gesammtheit (Popularklage), oder dem zunächst durch die Verletzung Betroffenen gegeben wird. Diesen Klagen, besonders denen der letztern Art, ist auch heutzutage noch Statt zu geben, wo nicht eine stets bereite und überall ausreichende Amtsthätigkeit sie überflüssig macht.“ Dieser Ansicht entsprechend ist noch in neuester Zeit die Anwendbarkeit des interdictum „ne quid in loco vel itinere publico fiat“ in einigen practischen Fällen anerkannt worden, so zwar, daß es von der durch eine Anlage thatsächlich beschädigten Privatperson, ohne Voraussetzung eines besonders erworbenen Rechts, gegen den Unternehmer, sei er eine Privatperson oder eine Baubehörde, mit Erfolg angestellt werden könne, wenn nicht die Anlage durch die höchste Staatsgewalt ungeachtet jener Benachtheiligung genehmigt sei. Seuffert's Arch. V. 27. 134. Pand. III. S. 419. fg.

§. 333.

D. Gewalt und Drohung.

Gewalt, gegen eine Person verübt oder unmittelbar angedroht, kann als Ursache eines Vermögensnachtheils nach Verschiedenheit der Fälle verschiedene Klagen begründen [1]. Ein besonderer Fall ist [a], wenn Jemand durch rechtswidrige Drohung, somit durch Furcht [b], zu einer seinem Vermögen nachtheiligen Veränderung rechtlicher Zustände [c] gezwungen worden ist. Der Gezwungene hat die actio quod metus causa, gegen den Zwingenden selbst, und zwar gegen Mehrere in solidum [d], auf Wiederherstellung und vollständigen Ersatz desjenigen, was ihm durch den erlittenen Zwang entzogen

[a] Dig. quod metus causa gestum erit. 4. 2. Cod. de his, quae vi metusve causa gesta sunt. 2. 20. (§. 61.). [b] L. 1 ... 9. pr. D. h. t. [c] L. 12. §. 2. L. 14. pr. eod. [d] L. 14. §. 15. .. L. 16. pr. eod.

worden ist [e], gegen den Erben [f] nur mit der Beschränkung nach §. 104. Anm. 2., aber auch gegen jeden Dritten [g], welchem und soweit demselben in Folge der verübten Gewalt auf Kosten des Gezwungenen Etwas zugekommen ist [2]. Einer Klage, die sich auf die erzwungene Rechtsänderung gründet, steht die exceptio metus [h] entgegen. [3]

Anm. [1] Dahin gehört die vi bonorum raptorum actio, §. 328. Anm. 3., und das interdictum de vi, §. 173. 192. Vgl. auch §. 94. 385. not. a. §. 339.

[2] L. 1. pr. D. h. t. Ait praetor: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* Olim ita edicebatur: *quod vi metusve causa, ...* sed postea detracta est vis mentio, quia quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur. — Ueber das Geschichtliche dieses Rechtsmittels: Rudorff, über die Octavianische Formel, in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XII. 3. — Die Klage ist in rem scripta actio (§. 97. Anm. 4.) und arbitraria (§. 100. not. m.), nach R. R. mit der heutzutage unpractischen Eigenthümlichkeit, daß die Nichterfüllung des richterlichen Restitutionsbefehls Verurtheilung zu vierfachem Ersatze nach sich zog (§. 98. not. d. §. 252. Anm. 1. d.).

[3] Auch „metus causa exceptio in rem scripta est", L. 4. §. 33. D. h. t. 44. 4. Weiter noch geht nach canonischem Recht die Einrede wegen erlittener Gewalt, als exceptio spolii (§. 173. Anm. 2.). Diese soll den Spoliiren gegen jede, wenngleich mit der Gewalthandlung nicht in Verbindung stehende Klage des Spoliator, wie gegen jede strafrechtliche Anklage, schützen, bis er restituirt ist, sofern er nur das Spolium in fünfzehn Tagen zu beweisen vermag. an. 3. C. 3. qu. 1. cap. 1. de restitutione spoliatorum. in 6to. 2. 5. cap. 4. X. de ord. cognit. 2. 10. Vgl. Bruns Recht des Besitzes. §. 16..18.

E. Betrug und Arglist.

§. 334.

1) Doli actio [a].

Wer einem Andern durch Betrug [b] oder auch sonst durch absichtlich beschädigende Handlung [c] einen Vermögensnachtheil verursacht, wegen dessen diesem nicht ohnehin ein anderes wirksames Rechtsmittel zusteht [d], gegen den findet als subsidiäre Klage die

[e] L. 9. §. 7. L. 10. §. 1. L. 12 pr. L. 14. §. 5. 11. eod. L. 38. §. 6. D. de usur. 22. 1. cf. L. 18. pr. D. de dolo malo. 4. 3. [f] L. 16. §. 2. L. 17...20. D. h. t. L. 9. §. 1. 8. L. 14. §. 3. L. 18. eod. [g] L. 9. §. 3. 4. eod. L. 4. §. 33. 34. D. de doli m. et met. except. 44. 4.

[a] Dig. de dolo malo. 4. 3. Cod. 2. 21. [b] L. 1. pr. ... §. 3. L. 7. §. 10. L. 8. 9. 11. 2. L. 20...24. D. h. t. (§. 62. Anm. 6.). [c] L. 7. §. 6. L. 19. 34. 35. eod. 44. 16. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. [d] L. 1. §. 1. 4...8. L. 2...7. L. 25. D. h. t.

actio doli ſtatt, gegen mehrere in solidum [e], auf vollen Schadenserſatz [f], nach zwei Jahren aber nur mehr als in factum actio, ſoweit der Beklagte von ſeinem Dolus noch einen Gewinn hat [g], gegen den Erben immer nur mit der Beſchränkung nach §. 104. Anm. 2. [h].

Anm. L. 1. §. 1. D. h. t. Verba autem edicti talia sunt: *Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo.* — Die actio doli iſt nach R. R. famosa actio (§. 31. Anm. 1. e.); daher wird ſie wegen zu unbedeutenden Schadens (usque ad duos aureos) nicht zugelaſſen, und gegen Perſonen, denen man beſondere Achtung ſchuldig iſt, ſtatt derſelben nur in factum actio gegeben. L. 9. §. 5....L. 13. pr. D. h. t. Dies iſt heutzutage (nach §. 33.) nicht mehr von practiſcher Bedeutung. Sint. §. 124. not. 9. Ohne Grund aber wird ſolche auch den Beſtimmungen in not. g. h. abgeſprochen.

§. 335.

2) Argliſtige Störung der Rechtshülfe.

Unter dieſen Geſichtspunkt ſind folgende Fälle zu bringen:

1) Wer Jemanden abſichtlich verhindert, in einem Termin vor Gericht zu erſcheinen, haftet dem dadurch Beſchädigten für das Intereſſe [a];

2) ebenſo derjenige, welcher einer Beſitzeinweiſung abſichtlich hindernd entgegentritt [b];

3) wer eine Sache abſichtlich zu dem Zweck und mit der Wirkung veräußert, daß einem Andern die Verfolgung ſeines Rechts erſchwert oder geſchmälert werde, kann von dieſem mit einer actio in factum auf Erſatz des Intereſſe belangt werden [c];

4) ein verwandter Fall iſt der der actio Pauliana, §. 228.

Anm. Zu 3) vgl.: a) L. 8. §. 1. D. h. t. Ait praetor: *quaeve alienatio iudicii mutandi causa facta erit*, id est, si futuri iudicii causa, non eius, quod iam sit (vgl. §. 113. Anm. 4. h.). L. 1. pr. eod. (Gai. lib. 4. ad edictum provinciale)... Proconsul... prospexit, ut si quis alienando rem alium nobis adversarium suo loco substituerit, idque data opera in fraudem nostram fecerit, tanti nobis in factum actione teneatur, quanti nostra intersit, alium adversarium nos non habuisse. b) L. 4. §. 3. eod. Si quis autem ob valetudinem aut aetatem aut occupationes necessarias

[e] L. 17. pr. eod. [f] L. 18. pr. eod. [g] L. ult. Cod. h. t. L. 28. D. h. t. [h] L. 13. pr. L. 17. §. 1. L. 26...30. eod.

[a] Dig. de eo, per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistat. 2. 10 cf. Dig. ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat. 2. 7. [b] Dig. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. 43. 4. (§. 93. not. m.). [c] Dig. de alienatione iudicii mutandi causa facta. 4. 7. Cod. 2. 55. L. 24. §. 1. D. comm. div. 10. 3.

item in alium transtulerit, in ea causa non est, ut hoc edicto teneatur, um in hoc edicto *doli mali* fiat mentio. L. 8. §. 3. eod. Sed heredem nstituendo vel legando si quis alienet, huic edicto locus non erit. L. 8. . 5. L. 9. eod. Qui venditori suo redhibet, non videtur iudicii mutandi ausa abalienare... nisi propter hoc ipsum redhibet, non redhibiturus lias. c) L. 12. eod. Si quis iudicii communi dividundo evitandi causa em alienaverit, ex lege Licinia ei interdicitur, ne communi dividundo idicio experiatur, verbi gratia, ut potentior emtor per licitationem vi- us eam accipiat et per hoc iterum ipse recipiat. Sed ipse quidem, qui artem alienaverit, communi dividundo iudicio si agere velit, non audie- ır. Is vero, qui emit, si experiri velit, ex illa parte edicti vetatur, qua avetur, ne qua alienatio iudicii mutandi causa fiat. d) L. 4. §. 6. L. 5...7. od. Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis ontinet: quare et heredi dabitur; in heredem autem, vel similem, vel ost annum non dabitur, quia pertinet quidem ad rei persecutionem, idetur autem ex delicto dari. (§. 104. Anm. 2.)

§. 336.

3) Calumnia.

Hat Jemand ſich etwas geben laſſen, damit er einen Andern it ungerechtem Proceß verfolge (ut negotium faceret calumniae ausa), oder umgekehrt, damit er von ſolchem ungerechten Vorhaben bſtehe (ne calumniae causa negotium faceret), ſo hat der edrohte eine in factum actio gegen denſelben auf Herauszahlung es vierfachen Betrages des Empfangenen, jedoch post annum ıtilem) nur mehr auf das Einfache [a], gegen den Erben, ſoweit m etwas zugekommen iſt [b]. Im zweiten Fall hat zudem der eber die condictio ob turpem causam (§. 343.), welche, wenn r Bedrohte ſelbſt der Geber iſt, mit jener Klage bezüglich des infachen zuſammentrifft, und daher nach Ablauf des Jahrs dieſelbe berflüſſig macht [c]. Nach heutigem Recht aber iſt die actio de alumnia als Strafklage überhaupt nicht mehr praktiſch; nur als lage auf das Einfache möchte ſie im erſten Fall, wo der Geber lbſt keine Rückforderung hat, noch angemeſſen ſeyn.

§. 337.

4) Actio servi corrupti.

Nach Analogie der dem Herrn eines Sklaven gegen deſſen erführer gegebenen actio servi corrupti [a] wird auch dem Vater

[a] Dig. de calumniatoribus. 3. 6. Cod. 9. 46. vgl. §. 104. Anm. 1. d. [b] L. 5. D. h. t. (§. 104. Anm. 2.). [c] L. 3. §. 3. L. 5. §. 1. L. 7. pr. D. h. t.
[a] Dig. de servo corrupto. 11. 3. L. 20. Cod de furtis et servo corrupto. 6. 2.

wegen Verführung der Kinder eine Klage gegeben auf Bezahlung einer richterlich zu bestimmenden Geldsumme [b]. Diese ist noch etwa anwendbar, sofern durch die Verführung ein Vermögensinteresse des Vaters verletzt ist.

§. 338.

F. Verletzung besondrer Berufspflicht.

Unter diesen Gesichtspunkt stellt sich:

1) die Haftung des Richters für den durch Arglist oder grobes Versehen in Ausübung des Richteramts [1], auch der freiwilligen Gerichtsbarkeit [2], einer Partei zugefügten Nachtheil [a];

2) die Haftung des Feldmessers [3], der aus Arglist oder grobem Versehen durch falsche Messung Jemanden beschädigt [b], welche analog auch andere Kunstverständige trifft, die durch falsche Berechnung oder Maßangabe Jemanden in Schaden bringen [c].

In beiden Fällen findet in factum actio statt, aber nicht mehr gegen den Erben des Schuldigen, sofern er nicht bereichert ist [d].

Anm. [1] Die Wirkung der Unredlichkeit des Richters bezeichnet das R. R. durch den Ausdruck; *Judex litem suam facit.* Die Klage gegen ihn heißt heutzutage (auch in den Reichsgesetzen) actio ex syndicatu, Syndicatsklage. — Streitig ist, ob der Richter nur für Dolus oder für jede Culpa hafte, und in welchem Maße? Sint. §. 124. not. 38. Bayer, ord. Proc. 8. Aufl. S. 275. fg.

[2] Vgl. Seuffert's Arch. II. 52. 53. V. 174. („Haftung der Beamten für unterlassene Benachrichtigung und Belehrung in Notariats- und Hypothekensachen"), V. 287. („Schadensersatz wegen eines unwahren obrigkeitlichen Zeugnisses"). Ueber andre Fälle der Beschädigung durch öffentliche Diener, insbesondere Haftung des Staates, beziehungsweise des Gerichtsherrn für dieselbe: das. I. 166. II. 54. III. 326. 327. V. 135. 281. 287. 288. Seuffert's Pand. §. 425.

[3] Ueber die Haftung des Mensor vgl. Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rechtsw. X. S. 422. fg. Die praktische Bedeutung dieser besondern Klage wird jedoch mit erheblichen Gründen bestritten, indem man behauptet, daß jetzt dieses Verhältniß einfach nach den Regeln der locatio conductio operarum zu beurtheilen sei. Sint. §. 119. not. 2.

[a] L. 14. §. 1. D. l. c.

[b] pr. J. de obl. quasi ex delicto. 4. 5. L. 5. §. 4. D. de O. et A. 44. 7. L. 6. D de extraord. cognit. 50. 13. L. 15. 16. D. de iud. 5. 1. L. 2. Cod. de poena iudicis qui male iudicavit. 7. 49. vgl. RA. v. 1532. III. §. 17. KGO. III. 55. §. 6. 10. [c] Dig. si mensor falsum modum dixerit. 11. 6. [d] L. 5. §. 2. L. 6. 7. D. l. c. [e] L. 16 D. de iud. 5. 1. L. 3. §. 5. D. si mensor. 11. 6. (§. 104. Anm. 2.)

§. 339.

G. Verletzung gegen die Perſon. Iniuria [a].

Injuria [1] heißt überhaupt ein jedes wiſſentlich verübte Unrecht, welches nach der Geſinnung des Handelnden weſentlich gegen die Perſon eines Andern gerichtet iſt, und aus der Nichtachtung ſeiner Perſönlichkeit hervorgeht [b]. Die verſchiedenartigſten Rechtsverletzungen können durch dieſe Geſinnung den Charakter einer Injurie annehmen [c] und die actio iniuriarum (ex generali edicto [d]) erzeugen. Im engern Sinne aber iſt Injurie eine die Ehre des Andern verletzende Handlung [e], die in der Aeußerung einer verachtenden Gesinnung gegen denſelben beſteht [2], ſey es, daß dieſe Geſinnung durch Thätlichkeiten oder bloß durch Worte (ſchriftlich oder mündlich) oder Zeichen ſich kund gebe [f]. Eine ſolche Injurie kann auch mittelbar gegen Jemanden begangen werden, durch eine zunächſt gegen die Perſon eines Angehörigen desſelben gerichtete Handlung [g]. Ueberall aber wird jener Wille der Kränkung, animus iniuriandi, zum Daſeyn der Injurie vorausgeſetzt [h]. Das Ausſprechen einer Wahrheit iſt an ſich, wenn man nur darauf ſich beſchränkt, keine Injurie [i].

Der Beleidigte hat eine prätoriſche [k], auf ein Jahr beſchränkte [l], nach römiſchem Recht infamirende [m], Strafklage, iniuriarum actio (aestimatoria), auf Zahlung einer nach Maß der Beleidigung zu beſtimmende Geldſumme [n], oder, falls die Beleidigung durch Thätlichkeit gegen den Körper des Beleidigten oder durch gewaltthätiges Eindringen in deſſen Wohnung begangen ist, eine gleiche civilrechtliche (perpetua?) actio ex lege Cornelia [o]. Der Kläger, welcher die ihm widerfahrene Beleidigung genau beſtimmen muß [p], hat die Geldſtrafe, die er begehrt, anzuſetzen, der Richter aber dieſelbe nach Umſtänden zu ermäßigen [q]. Das

[a] Inst. de iniuriis. 4. 4. Dig. de iniuriis et famosis libellis. 47. 10. Cod. de iniuriis. 9. 35. [b] L. 1. pr. D. h. t. (§. 84. Anm.). L. 3. §. 2. L. 44. eod. [c] L. 11. 2. L. 13. §. 3. 7. L. 15. pr. §. 33. L. 23. 24. D. h. t. L. 2. §. 9. D. ne quid in loco publ. 43. 8. L. 21. §. 7. D. de furt. 47. 2. L. 25. D. de act. emti. 19. 1. L. 1. §. 38. depos. 16. 3. [d] L. 15. §. 26. D. h. t. [e] L. 1. pr. L. 15. §. 2. et sqq. eod. §. 1. J. h. t. L. 1. §. 1. 2. 6. L. 5. pr. §. 1. L. 15. §. 1. 15...23. 27. 29...33. L. 20. D. h. t. [f] L. 1. §. 3...9. L. 15. §. 24. L. 18. §. 2...5. eod. §. 2...6. J. t. [g] L. 5. Cod. h. t. [i] L. 5. cit. L. 18. pr. D. h. t. [k] §. 7. J. h. t. §. 1. J. de perpet. 4. 12. [l] L. 1. pr. D. de his qui infam. not. 3. 2. (§. 31. Anm.) §. 7. 9. J. h. t. L. 15. §. 26. 28. L. 21. D. h. t. [m] §. 8. J. h. t. L. 5. 37. §. 1. h. t. [n] L. 7. D. eod. [o] §. 7. J. h. t.

heutige Recht gibt dem Beleidigten die Wahl, anstatt auf Geldstrafe, je nach Beschaffenheit der Beleidigung auch auf Widerruf (actione recantatoria oder ad palinodiam) oder Abbitte (actione ad deprecationem) oder Ehrenerklärung (actione ad declarationem honoris) zu klagen [r].

Die iniuriarum actio fällt weg, wenn der Beleidigte einmal an den Tag gelegt hat, daß er sich die Beleidigung nicht zu Gemüth ziehe, wenn er eine andere Genugthuung genommen oder sonst mit dem Gegner sich verglichen hat [s]. Sie geht weder auf den Erben des Beleidigten über, noch gegen den Erben des Beleidigers [t].

Anm. [r] Vergl. überhaupt A. D. Weber, über Injurien und Schmähschriften, Schwerin 1793—1800, 4te Aufl. Leipzig 1820. Injurien können auch strafrechtlich verfolgt werden (§. 10. J. h. t.), und die neuere Gesetzgebung neigt dahin, dieselben dem Gebiet des Civilrechts ganz zu entziehen. Vgl. Walter, im neuen Arch. des Criminalrechts, IV. S. 108. fg. 241. fg. Mittermaier im Rechtslex. V. S. 863—904.

[s] L. 15. §. 25. D. h. t. Ait praetor: *ne quid infamandi causa fiat: si quid adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam.* §. 26. Hoc edictum supervacuum esse, Labeo ait: quippe cum ex generali (clausula) iniuriarum agere possumus; sed videtur et ipsi Labeoni et ita se habet, praetorem eandem causam secutum voluisse etiam specialiter de ea re loqui. Vgl. §. 2. ibid. Ait praetor: *Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicetur, quod adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo.*

[t] Als einen Fall einer Delictsobligatio wegen Verletzung der Person führt man noch insbesondere widerrechtliche Gefangenhaltung einer freien Person an, als welche das interdictum de homine libero exhibendo (Dig. 43. 29. Cod. 8. 8.) begründe. Bang §. 702. vgl. Unterholzner II. S. 214. Allerdings kann jene für den Gefangenen iniuriarum actio erzeugen (not. c. d.), und unter Umständen auch eine Schadensklage (§. 334. 335. not. a.). Aber das genannte Interdict (eine Popularklage, L. 3. §. 9. D. l. c.) kann schon nach Justinianischem Recht nicht mehr ins Obligationenrecht gestellt werden, da nicht zu ersehen ist, daß es irgend eine und welche vermögensrechtliche Wirkung für den Kläger hatte. Nach älterem Recht wurde eine solche durch Sponsionen vermittelt. Gai. IV. §. 165. Heutzutage ist es als privatrechtliche Klage entschieden unpraktisch.

[r] KGO. II. 28. §. 4. [s] §. 12. J. h. t. L. 11. §. 1. L. 17. §. 6. D. h. t. [t] L. 13 pr. L. 28. D. h. t. (§. 104.).

III. Die übrigen vermischten Fälle von Obligationen.

A. Klagen auf Rückerstattung grundloſen Gewinnes.

§. 340.

Es gibt eine Reihe von Klagen, welche die Rückerstattung eines Vermögensgewinnes bezwecken, den der Gegner auf Kosten des Vermögens des Klägers gemacht hat, ohne daß ein rechtlicher Grund dafür besteht. Sie werden als Condictionen bezeichnet [1]. Gemeinschaftliche Voraussetzung derselben ist: 1) daß der eine (der Beklagte) wirklich eine Bereicherung erhalten habe, deren Rückerstattung durch sie zu bewirken ist; daher finden sie nicht statt, wenn es sich nur um Herausgeben eines Gegenstandes handelt, der nicht in das Vermögen des Gegners übergegangen ist, sondern noch als nicht dazu gehörig mit dinglicher Klage in Anspruch genommen werden kann [2]; 2) daß diese Bereicherung aus dem Vermögen des Andern (des Klägers) oder auf dessen Kosten [3] gewonnen worden sey; 3) daß kein rechtlicher Grund dieser Vermögensänderung bestehe; der allgemeine Grund der Verpflichtung zur Rückgabe ist die Grundlosigkeit des vom Verpflichteten gemachten Vermögensgewinnes, sey es, daß dieser Mangel von Anfang an bestand oder erst durch einen spätern Umstand sich herausstellte. Der Mangel eines rechtlichen Grundes aber kann darin liegen, daß eine Vermögenszuwendung unter einer Gegenwart oder Zukunft betreffenden Voraussetzung stattgefunden hat, die sich in der That nicht bewährt [4], oder darin, daß der Grund des Erwerbes ein rechtswidriger oder unsittlicher ist. Es kann aber auch sonst an einem Grunde der Bereicherung schlechthin fehlen. Hiernach sind nun theils für bestimmte Fälle Klagen von genauer bezeichnetem Inhalt gegeben (§. 341—344.), theils eine Klage von allgemeinerm Charakter (§. 345.).

Anm. [1] Ueber die Condictionen überhaupt vgl. vorzüglich Sav. V. S. 503 ... 642. Puchta Inst. II. §. 165. — Ueber den Ursprung der Benennung von der legis actio per condictionem: §. 15. J. de action. 4. 6. Gai. V. §. 12. 18. „nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam esse, qua intendimus *dare nobis oportere*," vgl. IV. §. 5. „*dare fierive oportere*." Daher condictio certi (insbesondere „si certum petetur," Dig. de rebus creditis, si certum petetur et de condictione. 12. 1. Cod. si certum petatur. 4. 2.) und condictio incerti; condictio triticaria? (Dig. de conditione triticaria. 13. 3.). Als Entstehungsgründe von

Condictionen kommen vor: a) Darlehen (§. 280.), b) grundloses Haben (§. 340 . . . 345.), c) Formalcontracte (§. 232.) und Legat (L. 9. §. 1. *D.* de reb. cred. 12. 1. Gai. II. 204.); sodann noch lex (Dig. de condictione ex lege. 13. 2. cf. §. 24. J. de action. 4. 6. L. 28. D. de adult. 48. 5. L. 12. §. 1. Cod. de pet. hered. 3. 31. vgl. Sav. S. 542. fg.).

[3] §. 14. J. h. t. Gai. IV. §. 4. Certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere: *si paret eum dare oportere;* neque enim quod nostrum est nobis dari potest, cum solum id dari nobis intelligatur, quod sic datur, ut nostrum fiat, nec res, quae nostra est, amplius nostra fieri potest. Vgl. L. 15. D. de cond. causa data. 12. 4. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem. — Jedoch eine Ausnahme: Plane odio furum . . . effectum est, ut . . . rei recipiendae nomine fures hac actione etiam teneantur: *si paret eos dare oportere*, quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua *rem nostram esse* petimus. L. 12. in f. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. Et proditum est, neminem rem suam, nisi furi, condicere posse. Vgl. §. 323. Sav. V. S. 351. fg. Auch bei der condictio indebiti behauptet eine Ausnahme von der Regel Renaud im civ. Arch. XXIX. S. 147. fg. Dagegen Erxleben, die condictiones sine causa. I. S. 41. fg. Vgl. aber noch Seuffert Arch. III. 177. — Uebrigens kann als rechtloser Gewinn auch das Verzehren eines Gegenstandes die Verpflichtung zur Rückgabe begründen; L. 29. D. de cond. indeb. 12. 6. „Et si quidem extant nummi, vindicabuntur, consumptis vero, condictio locum habebit. L. 22. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. A praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumti condici. L. 3. Cod. de cond. ex lege. 4. 9. L. 53. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 11. §. 2. D. de reb. cred. 12. 1. (§. 280. Anm. 2.).

[3] Sav. V. S. 526. 27. „Ebenso ist es aber auch nöthig, daß dasjenige, was dem Andern zur Bereicherung diente, vorher schon wirklich einmal zum Vermögen dessen gehört habe, welcher darauf eine Condiction gründen will." Dieser Satz wäre falsch, wenn er so verstanden würde, daß, was dem Andern zugekommen ist, vorher im Eigenthum des Condicirenden gewesen seyn müsse. L. 55. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 26. §. 12. eod. L. 23. pr. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. pr. L. 3. D. de cond. sine causa. 12. 7. Seuffert Arch. II. 57. Aber der von jenem gewonnene Vortheil muß doch dem Vermögen des letzten entzogen seyn.

[4] Ueber die Fälle dieser Art vgl. insbesondere: Windscheid, die Lehre des R. Rts von der Voraussetzung. Düsseldorf 1850.

§. 341.

1) Condictio indebiti [a].

Die condictio indebiti [1] steht regelmäßig demjenigen und nur demjenigen zu, welcher einem andern zum Zweck der Erfüllung einer wirklich nicht begründeten aber aus entschuldbarem Irrthum

[1] Dig. de condictione indebiti. 12. 6. Cod. 4. 5.

vorausgeſetzten Rechtsverbindlichkeit etwas geleiſtet hat, und geht auf Rückerſtattung des dieſem auf ſolche Weiſe ohne Grund zugekommenen Vermögensvortheils. Demnach iſt

1) zur Begründung dieſer Klage erforderlich: a) daß mit Rückſicht auf eine vermeintliche Schuldverbindlichkeit, solvendi causa [b], etwas geleiſtet worden ſey, es ſey als eigentlicher Schuldgegenſtand oder als datum in solutum oder umgekehrt als Aeſtimatio [c], es beſtehe das Geleiſtete im Eigenthum einer Sache oder auch bloß deren Beſitz [d], oder in einem ius in re aliena oder der Befreiung von einem ſolchen [e], oder in Befreiung von einer Schuld, durch Zahlung oder Novation oder Erlaß, oder in Zuwendung einer Forderung, durch Ceſſion oder Delegation oder auch durch eigenes Verſprechen, worüber etwa zugleich ein Schuldſchein ausgeſtellt ſeyn mag [f], oder endlich in Dienſten, die einer Schätzung in Geld unterliegen [g]; b) daß die vorausgeſetzte Verbindlichkeit, ipso iure oder per exceptionem, wirklich nicht beſtanden [h], auch nicht als naturalis obligatio [i]; ſogar das Daſeyn einer bloßen Anſtandspflicht [2] kann die Rückforderung als unanſtändig oder unbillig ausſchließen [k]; vorzeitige Zahlung einer unbedingten Schuld begründet die Klage nicht [3]; wohl aber Zahlung einer noch bedingten Schuld [l]; desgleichen auch Zahlung an einen Andern, als den wahren Gläubiger oder deſſen befugten Stellvertreter [m], ſowie umgekehrt von Seiten eines Andern als des wahren Schuldners [n], falls er nämlich die Schuld als die ſeinige zahlte [4]; ferner Leiſtung unter Vorausſetzung einer von der wirklich begründeten verſchiedenen Schuldverbindlichkeit [o]; c) daß die Leiſtung aus Irrthum in Betreff der Schuldverbindlichkeit geſchehen ſey [p], und zwar aus entſchuldbarem Irrthum [q], alſo regelmäßig nicht aus Rechtsirrthum [r], wofern nicht eben auch dieſer

[b] L. 52. 65. §. 2. D. h. t. [c] L. 26. §. 4...6. eod. [d] L. 15. §. 1. 2. eod. cf. L. 19. §. 2. eod. L. 13. §. 2. D. de reb. cred. 12. 1. [e] L. 12. 22. §. 1. L. 65. §. 7. D. h. t. cf. L. 1. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 17. pr. D. de praescript. verb. 19. 5. [f] L. 31. 40. §. 2. L. 47. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. [g] L. 26. §. 12. D. h. t. [h] L. 54. eod. L. 26. §. 3. L. 40. pr. 41. eod. [i] L. 9. 13. 19. pr. 38. pr. 40. pr. 51. 64. eod. §. 217. [k] L. 32. §. 2. D. h. t. L. 26. §. 12. eod. [l] L. 10. 16...18. 56. 60. §. 1. eod. [m] L. 6. §. 1. 2. L. 22. 65. §. 9. eod. [n] L. 65. §. 9. cit. L. 19. §. 1. eod. cf. L. 8. 44. eod. L. 66. D. de solut. 46. 3. L. 12. 13. D. de novat. 46. 2. L. 2. Cod. h. t. [o] L. 19. §. 3. 4. L. 20. 26. §. 4...6. L. 31. 32. pr. §. 3. D. h. t. [p] L. 53. D. de R. J. L. 24. 26. §. 3. 8. L. 50. 54. D. h. t. L. 25. pr. D. de probat. 22. 3. cf. L. 1. §. 1. D. h. t. [q] L. 10. Cod. de iuris et facti ignor. 1. 18. L. 9. §. 5. D. de iur. et facti ignor. 22. 6. cf. L. 6. Cod. l. c. L. 6. Cod. h. t.

den Umständen nach [s] oder aus persönlichen Gründen [t] als entschuldbar erscheint [u]. Doch genügt auch ein bloßer Zweifel über die Schuld, falls nicht ein Verzicht auf die Bestreitung derselben vorliegt [v]. Den Beweis der geschehenen Zahlung hat der Kläger zu führen; ist sie nicht abgeläugnet, so liegt ihm regelmäßig ob [w], die Umstände nachzuweisen, wodurch er zu irrthümlicher Annahme der Schuldverbindlichkeit verleitet worden ist [x]. Kläger ist übrigens, wer selbst oder durch einen Andern geleistet hat [w], Beklagter der Empfänger oder wer den Empfang durch einen Andern genehmigt hat [x].

2) Gegenstand der Klage ist, was dem Beklagten durch die Zahlungs halber geschehene Leistung zugekommen ist, unmittelbar oder mittelbar, daher auch die Accessionen der empfangenen Sache, Früchte und anderer Gewinn; aber, sofern der Empfänger in gutem Glauben ist, beschränkt sich seine Verbindlichkeit auf dasjenige, was ihm als Vermögensgewinn geblieben ist [y].

3) Ausgeschlossen ist die condictio indebiti a) wenn die vermeintliche Schuld eine solche ist, die wegen Läugnens auf das Doppelte geht [z], b) wenn die Zahlung zur Erfüllung eines Urtheils, ex causa iudicati, geleistet ist [zz].

Anm. [t] Vgl. überhaupt Erxleben, die condictiones sine causa. Abth. 1. Leipzig 1850., und über die mancherfaltigen Streitfragen in dieser Lehre: Heimbach II. 2. S. 462...486. — Die condictio indebiti wird von den Römern unter den Gesichtspunkt einer obligatio quasi ex contractu gestellt, vergleichbar der Darlehensverbindlichkeit. §. 6. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. §. 1. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. cf. Gai. III. 91. L. 5. §. 3. D. de O. et A. 44. 7. Vgl. Erxleben S. 14. fg.

[u] L. 32. §. 2. h. t. Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: *sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.* Davon läßt sich auch Anwendung machen auf den Fall geleisteter Alimente: arg. L. 11. 15. Cod. de neg. gest. 2. 19. L. 5. §. 14. D. de agnosc. et al. lib.

[s] L. 9. §. 3. D. de iur. et facti ignor. 22. 6. cf. L. 1. pr. D. ut in poss. legat. 36. 4. [t] L. 25. §. 1. D. de probat. 22. 3. L. 9. Cod. ad Sc. Vell. 4. 29. [u] L. 11. Cod. h. t. cf. L. 65. §. 1. D. h. t. [v] L. 25. D. de probat. 22. 3. [w] L. 5. §. pr. L. 57. D. h. t. L. 6. Cod. h. t. [x] L. 6. §. 1. 2. D. h. t. L. 14. D. de cond. caus. dat. 12. 4. L. 49. D. h. t. cf. L. 66. D. de solut. 46. 3. [y] L. 15. pr. §. 1. L. 19. §. 2. L. 26. §. 3...6. 12. L. 65. §. 5...8. D. h. t. L. 3. 10. Cod. h. t. cf. L. 1. Cod. eod. §. 251. Anm. 3. [z] §. 6. 7. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 4. Cod. h. t. §. 252. [zz] L. 1. Cod. h. t. L. 2. Cod. de compensat. 4. 31. L. 56. D. fam. erc. 10. 2. L. 7. §. 2. D. de iud. 5. 1. L. 29. §. 5. D. mand. 17. 1. cf. L. 35. D. h. t.

25. 3. — Streitig iſt, ob aus dieſem Geſichtspunkte auch L. 26. pr. D. h. t. (Si non sortem quis sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit) zu erklären ſey? Thibaut Verſ. II. 5. Nr. 3. Dagegen wieder Erxleben S. 63. fg., welcher mit Andern die Stelle von wiſſentlicher Zahlung nicht ſchuldiger Zinſen verſteht. Anders im Fall der Zinszahlung für eine irrthümlich angenommene Hauptſchuld: L. 21. §. 2. eod.; desgleichen bei unerlaubten Zinſen: L. 26. pr. §. 1. eod. (§. 209.).

[3] Auch nicht bezüglich des Gewinns durch das Interuſurium? Erxleben S. 94. fg.

[4] L. 65. §. 9. D. h. t. Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat. L. 44. eod. Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est. Wer aber wiſſentlich die Schuld eines Andern bezahlt oder für denſelben ſich verpflichtet hat, kann gegen dieſen die condictio indebiti haben, wenn es in irriger Vorausſetzung einer Verbindlichkeit gegen ihn geſchah (not. n.). Und wer von ſeinem vermeintlichen Gläubiger einem Andern entweder als deſſen vermeintlichem Gläubiger oder Schenkungshalber belegirt iſt, hat auch gegen den letzten doli exceptio und condictio. L. 7. D. de doli exc. 44. 4. L. 2. §. 3. 4. D. de donat. 39. 5.

[5] Die Frage, ob auf die Entſchuldbarkeit des Irrthums und daher auf den Unterſchied zwiſchen factiſchem und Rechtsirrthum etwas ankomme? iſt ſehr ſtreitig. A. M. ſind u. a. Mühlenbruch im civ. Arch. II. 35. Renaud im civ. Arch. XXIX. 4. 14. Herrmann in Linde's Ztſchr. III. 3. Holzſchuher S. 471. fg. Chriſtianſen zur Lehre v. d. naturalis obligatio S. 69. fg. Vgl. dagegen Sav. III. S. 359. 447. fg. Erxleben S. 70. fg. Seuffert's Arch. II. 187. Eine Mittelmeinung hält nur bei indebita promissio die Qualität des Irrthums für unerheblich, vorzüglich wegen L. 1. pr. D. 36. 4. Donell. I. cap. 21. §. 15. cap. 22. §. 1. 2. Seuffert §. 436. not. 14. Arch. IV. 54. — Uebrigens: a) Interdum persona locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit. L. 29. D. h. t. b) Auch der Irrthum des Empfängers kommt inſofern in Betracht, als dieſer ſonſt ein Furtum begeht und daher condictio furtiva gegen ihn ſtattfindet. L. 14. D. de cond. causa dat. 12. 4. L. 18. D. de cond. furt. 13. 1. L. 43. pr. . . §. 3. D. de furt. 47. 2. cf. L. 37. D. h. t. Vang. III. §. 625. Anm. 1.

[6] L. 25. pr. in f. D. de probat. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, ... eum, qui dicit, indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere. Ausnahme: L. 25. §. 1. ibid. Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles vel agricultor et forensium rerum expers vel alias simplicitate gaudens et desidiae deditus, tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse et debitas ei fuisse solutas

Jedoch: §. 2. ibid. Sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniae solutae debita non est, vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito postea ignarus iterum solvit, vel exceptione tutus errore eius pecunias dependit, ipsum omnimodo hoc ostendere. Vgl. dagegen Benfey in Linde's Ztschr. XIV. 7. Sav. III. S. 466. Sint. §. 109. not. 57. Holzschuher S. 479. fg. Windscheid a. a. O. S. 189. fg. Römer über Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 55. fg.

[7] L. 7. D. h. t. Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantundem (sc. ex eodem genere: L. 25. D. de praescript. verb. 19. 5.) repetitur. L. 26. §. 12. eod. .... Sed hae, inquit (Celsus), operae recipiunt aestimationem, et interdum, licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus: utputa fundum indebitum dedi, et fructus condico, vel hominem indebitum et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes; vel meis sumtibus pretiosiorem hominem feci, nonne aestimari haec debent? Bang. III. §. 625. Anm. 2. Zum Theil abweichender Meinung ist Erxleben S. 182. fg., indem er L. 26. §. 12. cit. durch Vergleichung mit L. 1. §. ult. L. 2. D. depos. 16. 3. (§. 285. not. 1.) erklärt, nicht bedenkend, daß die condictio indebiti keine bonae fidei actio war und daß die Erfüllung einer strictae Obligatio aliud dare oportere an sich nicht unmöglich wird durch Veräußerung der zu gebenden Sache.

[8] Dieser Fall war nach älterem Recht einer von denjenigen, und zwar der vorzüglichste, in welchen lis infitiando crescebat in duplum. Dieses ist im Justinianischen Recht beseitigt, jener Satz aber (not. zz.) beibehalten. Er hindert nicht die Wiedererlangung des Gezahlten mittels der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urtheil. arg. L. 11. D. de appell. 49. 1. Vgl. Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rtsw. S. 322. fg. Gegen die Meinung, daß auch im Fall irrthümlicher Annahme eines wirklich gar nicht gefällten Urtheils die Condictio ausgeschlossen sey (Bang. Anm. 1. arg. L. 36. D. 10. 2.), s. Sintenis § 209. not. 46. — Ueber die Zweifel gegen die praktische Gültigkeit der Ausnahmen in not. z. zz. Holzschuher S. 483. — Zweifelhaft ist die Bedeutung des Satzes: Poenae non solent repeti, cum depensae sunt. L. 42. D. h. t. L. 46. D. de R. J. cf. L. 3. §. 14. D. de tab. exhib. 43. 5. L. 1. §. 2. D. de lege Jul. amb. 48. 14. Unterholzner I. §. 247. not. d. II. §. 318. not. s. §. 322. not. g. Bang. a. a. O.

§. 342.

2) Condictio ob causam datorum [a].

Wer etwas gegeben hat, unter Voraussetzung eines künftigen Umstandes, kann, wenn dieser nicht eintritt, mittels der condictio

[a] Dig. de condictione causa data causa non secuta. 12. 4. Cod. de condictione ob causam datorum. 4. 6.

ob causam dati [1] das Gegebene nebst Früchten und anderm Zuwachs [b] zurückfordern. Die Bedingungen dieser Klagen sind: 1) daß unter erklärter Voraussetzung eines künftigen Erfolgs, ohne Unsittlichkeit des Gebers oder Empfängers, d. i. ob rem oder ob causam futuram, non inhonestam [2], dem einen von dem andern eine Vermögensvermehrung gewährt worden sey [c]; diese causa futura mag in Handlungen des Empfängers [d] oder in andern Umständen [e] bestehen; 2) daß jener Erfolg ausbleibe, causa non secuta [f], es sey durch Schuld des Empfängers oder aus Zufall [g]. Besteht jedoch die in Aussicht genommene Thatsache in einer dem Empfänger auferlegten Leistung, so findet die Condictio in der Regel nicht statt [h], wenn ihm jene ohne seine Schuld unmöglich geworden ist [3]. Auch die Sinnesänderung des Gebers kann nach besonderer Beschaffenheit des Geschäfts die Klage erzeugen, insofern nämlich der Eintritt des Erfolges, in Beziehung auf welchen gegeben ist, nach der Natur der Sache oder nach besonderer Festsetzung von der Willkür des Gebers abhängig ist [i]. Die Verpflichtung des Empfängers geht auf Rückerstattung des ganzen Vortheils, den er unmittelbar oder mittelbar durch das Empfangene erlangt hat [k], sofern er nicht dasselbe ganz oder zum Theil der Bestimmung des Gebers gemäß schon wirklich verwendet hat [l], oder ohne seine Schuld durch das Geschäft einen Verlust erlitten hat [m], oder ihm die Rückerstattung ebenfalls ohne seine Schuld [n] unmöglich geworden ist [4].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Wächter doctrina de condictione causa data causa non secuta. (§. 235. Anm.) und jetzt vorzüglich Erxleben, die condictiones sine causa, 2. Abth. die condictio causa data causa non secuta. Göttingen 1853. (520. S.).

[2] L. 1. D. de cond. ob. turp. caus. 12. 5. Omne, quod datur, aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam... §. 1. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter

[b] L. 7. §. 1. L. 12. D. h. t. L. 38. §. 1. 3. D. de usur. 22. 1. [c] L. 1. pr D. h. t. cf. L. 4. 10. eod. L. 1. pr. §. 1. 2. D. de cond. sine causa. 12. 7. L. 18. §. 1. L. 31. §. 3. D. de m. c. donat. 39. 6. L. 45. Cod. h. t. [d] L. 3...5. 11. D. h. t. [e] L. 1. §. 1. L. 2. 7. §. 1. L. 10. 14. eod. [f] L. 1. §. 1. D. de cond. ob turp. caus. 12. 5. [g] L. 2. 7. §. 1. L. 10. D. h. t. L. 3. §. 5. eod. L. 5. Cod. eod. [h] L. 10. 11. Cod. h. t. L. 3. §. 3. L. 5. pr. D. eod. L. 5. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. — L. 8. Cod. h. t. — L. 16. D. h. t. [i] arg. L. 38. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 10. D. de spons. 23. 1. L. 7. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 8. D. h. t. L. 35. §. 3. D. de m. c. don. 39. 6. [k] L. 7. §. 1. L. 12. D. h. t. L. 13. pr. L. 18. §. 1. 3. L. 31. §. 3. 4. D. de m. c. don. 39. 6. [l] L. 5. pr. §. 2. D. h. t. [m] L. 5. §. 3. 4. eod. [n] L. 19. 37. §. 1. L. 39. D. de m. c. donat. cf. L. 5. §. 2. cit. L. 38. §. 1. D. de usur.

quam datum est, secuta non est. Cf. L. 52. D. de cond. indeb. 12. 6. Damus aut ob causam aut ob rem. Ob causam, praeteritam; veluti cum ideo, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut etiam, si falsa sit causa, repetitio eius pecuniae non sit. Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur; quo non sequente, repetitio competit. Aber: L. 3. §. 7. D. h. t. Quamquam constet... eum, qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum. cf. L. 7. Cod. h. t. L. 25. Cod. de transact. 2. 4. Die einzelnen Fälle kann man mit Erxleben S. 49. fg. in drei Classen eintheilen: a) wenn das Gegebene unmittelbar durch sich selbst einen Zweck bestimmter Art erfüllen soll, dies aber noch vom Hinzutreten gewisser anderer Umstände abhängt; dahin gehört α) dotis datio vor der Ehe. L. 6... 10. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. L. 7. §. 3... L. 9. pr. L. 10. §. 4. 5. L. 74. D. de iure dot. 23. 3. u. a. β) Schenkung unter Verlobten: L. 1. §. 1. D. de donat. 39. 5. Fragm. Vat. §. 262. cf. L. 15. 16. Cod. de don. ante nupt. 5. 3. γ) mortis causa donatio. L. 12. D. h. t. L. 35. D. de m. c. don. 39. 6. δ) implendae conditionis causa datum. L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. L. 65. pr. §. 3. D. de cond. indeb. 12. 6. ε) Erfüllung oder Sicherstellung einer noch nicht eingetretenen oder noch ungewissen Verbindlichkeit in Erwartung ihres Eintritts oder ihrer Feststellung. L. 13. 15. D. h. t. L. 7. pr. Cod. de n. n. p. 4. 30. L. 3. §. 5. D. de collat. bon. 37. 6. ζ) Ausstellung einer Empfangbescheinigung vor der Zahlung (§. 262. 282.), welcher Fall jedoch auch unter §. 345. Anm. 1. gestellt werden könnte. η) Zahlung in Erwartung nachfolgender Befreiung, insbesondere Zahlung an den Stellvertreter in Erwartung der Genehmigung des Gläubigers. L. 2. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 26. §. 13. 14. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 14. D. h. t. L. 58. pr. D. de solut. 46. 3. b) wenn etwas gegeben ist, damit es der Empfänger in bestimmter Weise verwende, sey es zur Erfüllung eines Auftrags (L. 5. pr. §. 1. 2. L. 11. D. h. t.) oder als donatio oder legatum sub modo (§. 74.). c) wenn etwas gegeben ist, um den Empfänger sonst zu einem gewissen Thun oder Unterlassen zu bestimmen, was ebenfalls unter den Begriff der donatio oder des legatum sub modo fallen, aber auch sonst auf Erzielung einer bestimmten Leistung gerichtet seyn kann, z. B. L. 4. 5. 11. Cod. h. t. Unter den letzten Gesichtspunkt stellen sich nach R. R. auch die ungenannten Contracte (§. 235.). Vgl. noch überhaupt Windscheid a. a. O. S. 19. fg. 88. fg. 153. fg.

[3] Vgl. Vang. III. §. 591. Windscheid a. a. O. S. 177. fg. Erxleben S. 386. fg.

§. 343.

3) Condictio ob turpem causam.

Was Jemand um eines künftigen Erfolgs willen unsittlicher Weise (ob turpem causam) empfangen hat, kann der Geber, falls nicht auch das Geben aus jenem Grunde eine Unsittlichkeit war,

durch dieſe Klage zurückfordern, gleichviel, ob jener Erfolg eingetreten iſt oder nicht [a].

Anm. L. 1. §. 2. D. h. t. Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest. L. 3. eod. Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur, ut male iudicetur. L. 4. §. 3. eod. Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt: sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis; illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix. Vgl. Seuffert's Arch. I. 195. 196. II. 19. III. 20. IV. 231.

§. 344.

4) Condictio ob iniustam causam.

Mit dieſer Klage kann dasjenige, was Jemanden durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung aus dem Vermögen eines Andern zugekommen iſt, durch den Verlierenden zurückgefordert werden [a].

Anm. L. 6. D. h. t. Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem, id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici. In qua sententia etiam Celsus est. L. 7. eod. Ex ea stipulatione, quae per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat. Vgl. §. 323. Gegen den Zweifel, ob es eine von der cond. ob turpem causam verſchiedene cond. ex iniusta causa gebe? ſ. Bang. III. S. 385.

§. 345.

5) Condictio sine causa [a].

Dieſe Klage findet überhaupt ſtatt, wenn Jemand ohne allen Grund etwas hat auf Koſten des Vermögens eines Andern, ſey es, daß es an einem Grunde des Erwerbes von Anfang an fehlte [1], oder daß der Anfangs vorhandene Grund ſpäter weggefallen iſt [2].

Anm. [1] Fälle dieſer Art ſind z. B. a) wenn um eines rechtlich unmöglichen Erfolges willen etwas gegeben iſt, L. 5. pr. §. 1. D. h. t.; oder b) vermöge eines nichtigen Geſchäfts, L. 6. D. donat. int. v. et u. 24. 1. L. 21. in f. D. de donat. 39. 5. (§. 81. Anm. 2.) L. 18. Cod. de usur. 4. 32. (§. 209. not. f.) L. 23. §. 2. D. de cond. indeb. 12. 6. (§. 269. not. p.);

[a] L. 1...5. L. 8. 9. D. de condictione ob turpem vel iniustam causam. 12. 5. Cod. de condictione ob turpem causam. 4. 7. cf. L. 5. pr. D. de cond. sine causa. 12. 7. L. 5. §. 1. D. de calumn. 3. 6.

[a] L. 6. 7. D. de condictione ob turpem vel iniustam causam. 12. 5. L. 3. Cod. de condictione ex lege vel sine causa vel iniusta causa. 4. 9. cf. L. 13. §. 1. D. depos. 16. 3.

[a] Dig. de condictione sine causa. 12. 7. cf. Cod. 4. 9.

c) wenn Jemand durch unberechtigte Veräußerung der Sache eines Andern einen Gewinn gemacht hat, während dieſem auch die Vindication entzogen iſt, L. 23. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. Cod. de reb. alien. 4. 51.; d) die Fälle in §. 280. Anm. 2. d. §. 341. Anm. 5. a. cf. L. 34. pr. D. de minor. 4. 4. — Man vgl. übrigens noch §. 152. Anm. 4. §. 155. Anm. 2.

[2] Dahin gehört u. a. a) der Fall, wenn Jemand für eine abhanden gekommene Sache von einem Andern Entſchädigung erhalten und nachher die Sache ſelbſt wieder bekommen hat, L. 2. D. h. t.; b) die Rückforderung der Schuldurkunde nach Tilgung der Schuld, L. 2. Cod. h. t.; c) desgleichen der Arra nach Vollziehung des Geſchäfts, wegen deſſen ſie gegeben (§. 240. not. g.), und d) des Gegenſtandes des Quaſiuſusfructus, nach Beendigung deſſelben, wenn keine Caution geleiſtet war, L. 5. §. 1. D. de usufr. ear. rer. 7. 5. (§. 181.).

§. 346.

B. Actio ad exhibendum [a].

Wer wegen Geltendmachung eines dinglichen [b] oder perſönlichen Anſpruchs auf eine bewegliche Sache [c] ein rechtliches Intereſſe [d] bei deren Vorlegung [e] hat, kann darauf den Inhaber derſelben [f] mit der actio ad exhibendum belangen, die als arbitraria actio [g] zunächſt auf wirkliche Vorlegung der Sache [h], wozu nach Umſtänden Trennung derſelben von einer andern gehört [i], eventuell auf Erſatz des nach Umſtänden durch Schätzungseid [k] feſtzuſtellenden Intereſſe wegen verſchuldeter Vorenthaltung [l] gerichtet iſt. Als Klage auf das Intereſſe findet ſie auch gegen den fingirten Beſitzer oder Inhaber ſtatt [m]. Ob ein Intereſſe des Klägers begründet ſey, ſoll vorerſt durch ſummariſche Unterſuchung ermittelt werden [n]. Beſtreitet der Beklagte nicht das Recht des Klägers und legt ſich ſelbſt keines bei, weshalb er die Reſtitution der Sache verweigern könnte, ſo kann dem Erfolg nach auch dieſe ſofort durch die actio ad exhibendum erzielt werden [o].

Anm. [1] L. 2. D. h. t. Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia. L. 22. D. de V. S. Plus est in restitutione, quam in exhibitione: nam exhibere est praesentiam corporis praebere; restituere est etiam possessorem facere fructusque reddere; pleraque praeterea restitutionis verbo continentur.

[a] Dig. ad exhibendum. 10. 4. Cod. 3. 42. [b] L. 1. 3. §. 3. 4. 12. D. h. t. L. 3. §. 1. 5...7. eod. [d] L. 3. §. 11. L. 19. eod. cf. L. 3. §. 14. eod. [e] L. 2 eod. L. 22. D. de V. S. [f] L. 3. §. 15. L. 4. 5. D. h. t. [g] §. 31. J. de action. 4. 6. [h] L. 2. 11. §. 1. D. h. t. cf. L. 9. §. 5. eod. [i] L. 6. 7. pr. §. 1. eod. (§. 152.). [k] L. 3. §. 2. L. 5. §. 2. eod. (§. 115. 3.). [l] §. 31. J. cit. L. 9. §. 8. D. h. t. [m] L. 9. pr. ... §. 4. L. 14. D. h. t. (§. 166.). [n] L. 3. §. 9. 13. eod. [o] L. 5 §. 2...5. L. 9. §. 1. 4. eod.

[2] L. 19. D. h. t. Ad exhibendum possunt agere omnes, quorum interest. Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset? Respondit: non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur animadvertere convenire (§. 7. Anm. 7.); nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere, sua interesse, illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset. Jedoch: L. 3. §. 14. eod. Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut, quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Julianus tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit; hae rationes a te possidentur; desidero eas exhiberi. Ait Julianus, si quidem in mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum ... Sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri; in factum igitur actionem mihi competere.

[3] Daß nicht nur gegen den, qui dolo malo possidere desiit, ſondern auch gegen den, qui liti se obtulit, die actio ad exhibendum Erfolg habe, wird nicht ausdrücklich bemerkt. Aber die Natur der Sache und die allgemeine Regel in L. 131. D. de R. J. ſpricht dafür. §. 166. Anm. 2.

[4] Gegenſtand der Exhibition ſind häufig Urkunden (Anm. 2. a. E.). Eine beſondere Klage zu dieſem Zweck, letzte Willensordnungen betreffend, iſt das interdictum de tabulis exhibendis, das gegen den Beſitzer einer ſolchen Urkunde demjenigen gegeben wird, der ein rechtliches Intereſſe an deren Einſicht wahrſcheinlich machen oder nöthigenfalls durch den Gefährdeeid bewahrheiten mag. Dig. de tabulis exhibendis. 43. 5. Cod. 8. 7. — Ueber Edition von Urkunden im gerichtlichen Verfahren ſ. Dig. de edendo. 2. 13. Cod. 2. 1. Seuffert §. 434. Bayer ord. Proc. 7. Aufl. S. 591...600.

§. 347.

C. Klagen auf Geſtattung der Wegnahme von Sachen.

Gegen den Eigenthümer eines Grundſtücks auf dem ſich fremde Sachen befinden, ſind dem Eigenthümer der letzten, um dieſe zu erlangen, für gewiſſe Fälle beſondere Klagen gegeben: nämlich 1) das interdictum de glande legenda, mit welchem der Grundeigenthümer angehalten werden kann, übergefallene Früchte je einen um den andern Tag [1] gegen cautio damni infecti aufleſen zu laſſen [a]; 2) actio oder interdictum de thesauro [b], auf Geſtattung der Herausnahme von Sachen, die in des Andern Grundſtück vergraben ind, ebenfalls gegen cautio damni infecti [2]; 3) interdictum de migrando für den abziehenden Miether, auf Geſtattung der

[a] Dig. de glande legenda. 43. 28. cf. L. 9. §. 1. D. ad exhib. 10. 4. (§. 131. Anm. 2.). [b] L. 15. D. ad exhib. 10. 4.

Wegnahme seiner nicht verpfändeten Sachen [c]. Verwandt diesen Fällen ist 4) das interdictum de arboribus caedendis [d] auf Gestattung der Behauung oder Wegnahme eines der Gränze zu nahe stehenden fremden Baumes [3], welche dem ungebührlich beschwerten Grundeigenthümer zusteht, wenn der Eigenthümer des Baumes nicht selbst auf Verlangen dem Uebelstande abhilft.

Anm. [1] L. un. D. h. t. Ait praetor: *Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto.* §. 1. Glandis nomine omnes fructus continentur. Streitfrage: ob die Worte „*tertio quoque die*" auf einen Zwischenraum von zwei freien Tagen zu deuten seyen? Guyet im civ. Arch. XVII. S. 64 fg. Bang. I. §. 297.; oder „einen Tag um den andern" bedeuten? Thibaut civ. Abh. S. 1. fg. Sav. IV. S. 606. Vgl. übrigens Grimm in d. Ztschr. für gesch. Rtsw. III. 11.

[2] Ueber einen Fall dieser Art vgl. Seuffert's Arch. IV. 10. 11.

[3] L. 1. pr. D. h. t. Ait praetor: *Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stat, quominus eam adimas, tunc, quominus illi eam arborem adimere sibique habere liceat, vim fieri veto.* §. 7. Deinde ait praetor: *Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quominus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc quominus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto.* §. 8. Quod ait praetor, et lex XII. tabb. efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur; et hoc ideo effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret. §. 9. Differentia duorum capitum interdicti haec est: si quidem arbor aedibus impendeat, succidi eam praecipitur; si vero agro impendeat, tantum usque ad quindecim pedes a terra coerceri. vgl. L. 2. D. eod. Si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex lege XII. tabb. de adimenda ea recte agere potes, ius ei non esse ita arborem habere. — Streitfrage: ob das Interdict in §. 7. sich beziehe auf die Aeste über 15 Fuß? Hugo R. Rtsgesch. S. 204. (vgl. Basil. LX. 16. cap. 13. ed. Heimb. V. p. 560.); oder auf die bis zur Höhe von 15 Fuß? Dirksen in der Ztschr. für gesch. Rtsw. II. S. 424. fg.; sodann nach der zweiten Meinung: ob der Eigenthümer nicht doch auch die Beseitigung der überhängenden Aeste über 15 Fuß fordern könne? Guyet im civ. Arch. XVII. S. 31 fg. Dagegen Bang. §. 297. Anm. 4. a. E. — Analoge Anwendungen wegen Baumwurzeln: L. 1. Cod. de interd. 8. 1.

§. 348.

D. Verbindlichkeit zum Unterhalt einer Person.

Die Verbindlichkeit, Jemanden das Erforderliche zum Unterhalt zu gewähren, Alimentationsverbindlichkeit, wird kraft des Gesetzes [1]

[c] Dig. de migrando. 43. 32. (§. 312.). [d] Dig. de arboribus caedendis. 43. 27. (§. 131. Anm. 1.).

durch Verwandtschaft begründet [a]. Es haben diese Pflicht zunächst der Vater und die väterlichen Ascendenten, dann die Mutter und die mütterlichen Ascendenten gegen die Kinder [2], aber auch umgekehrt in gleichem Verhältniß diese gegen jene [b], vorausgesetzt [c] Bedürftigkeit auf der einen, hinlängliches Vermögen auf der andern Seite [3]. Der Umfang der Verbindlichkeit ist nach der Sitte und nach Stand und Vermögen der betheiligten Personen durch richterliches Ermessen (extraordinaria cognitione, §. 100. not. e.) zu bestimmen [d]. Durch schlechtes Betragen [4] kann der Anspruch auf Unterhalt verloren werden [e].

Anm. [1] Eine Alimentationsverbindlichkeit kann außerdem auch begründet werden durch Vertrag oder Vermächtniß, vgl. Dig. de alimentis legatis. 34. 1.; sodann durch Delict, als Theil der Schadensersatzpflicht, L. 7. D. de his qui effud. 9. 3. (§. 324...327.).

[2] Zwischen unehelichen Kindern und ihrem Erzeuger besteht diese Verbindlichkeit nach R. R. nicht, L. 7. D. h. t., ausgenommen für Concubinenkinder nach nov. cap. 12. §. 4. 6. cap. 13.; insbesondre nicht für Kinder ex damnato coitu, nov. 89. cap. 15. Nach canonischem Rechte aber ist der Erzeuger überhaupt den anerkannten unehelichen Kindern, selbst adulterinis, Alimente zu geben schuldig, cap. 5. X. de eo qui duxit. 4. 7.; und die gemeinrechtliche Praxis gibt denselben auch eine Klage auf Alimentation gegen den muthmaßlichen Erzeuger, der sie nicht freiwillig anerkennt. Diese Verbindlichkeit wird aber von Vielen als eine obligatio ex delicto (des Beischlafs mit der Mutter des Kindes) angesehen, und sind die näheren Bestimmungen darüber sehr streitig. Vgl. Gett die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft. München 1836. Holzschuher I. S. 429...446. Schoemann in Linde's Ztschr. n. F. I. 4. Die Praxis gibt außerdem auch der geschwächten Frauensperson eine Entschädigungsforderung gegen den Stuprator, die entschieden als obligatio ex delicto (des unehelichen Beischlafs) zu betrachten ist. Seuffert §. 427. 428. Gett a. a. O. Holzschuher I. S. 415...428. Vgl. Seuffert's Arch. I. 83. 153. 227. 228. II. 4. 44. 56. 57. 118. 186. 296. III. 60. 155. 254. 264. IV. 49. 50. 51. 148. 230. 234. 255. V. 175. 176. 290. VI. 200. — Zur legislativen Beurtheilung dieser Verhältnisse vgl. noch insbesondere Gett, theoret. prakt. Ausf. z. L. über die rechtl. Verhältnisse bezüglich der außerehel. Kinder sowie der Defloration sentschädigung. Bd. I. Nördlingen 1851. Arnold, über Alimentations- und Defloration sklagen. München 1851. krit. Ueberschau I. S. 310 fg.

[3] Manche nehmen auch unter Geschwistern gegenseitig eine Alimentationspflicht

[a] Dig. de alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis. 25. 3. Cod. de alendis liberis ac parentibus. 5. 25. [b] L. 5. 8. D. h. t. nov. 117. cap. 7. [c] L. 5. §. 7. 19. L. 9. D. h. t. L. 2...4. Cod. h. t. L. 8. §. 5. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. [d] L. 5. §. 7. 10...12. 25. 36. D. h. t. cf. L. 43. 44. 234. §. 2. D. de V. S. [e] L. 5. §. 11. 23. D. h. t.

Wegnahme seiner nicht verp[illegible]
ist 4) das interdictum
der Behauung oder P[illegible]
fremden Baumes [3]
genthümer zuste[illegible]
auf Verlanger[illegible]

3. L. 13. §. 2. D. de adm.
L. 1. §. 2. D. de tut. act. 27. 3....
quibus sine reprehensione tutor auctor
veto scilicet interveniente; veluti si matri
non possunt, tutor alimenta praestiterit;
sit, nemo feret aut pupillum aut substi-
tam coniunctae personae alitae sint. Quinimo
cum tutore agere, si tale officium praeter-

Anm.
in tuum co
fieri veto.
ob die [illegible]
Tagen
oder
IV

im civ. Arch. XIII. 13. Puchta §. 316. „Diese Stellen
die letzte vielmehr das Gegentheil." (?)
bloß auf die Enterbungsgründe nach nov. 115. einzuschrän-
Mus. III. S. 559. fg.

Drittes Capitel.

Von Sicherung der Forderungen durch Bürgschaft.

§. 349.

I. Begriff der Bürgschaft.

Für die Verwirklichung einer Forderung kann dem Gläubiger eine größere Sicherheit dadurch gewährt werden, daß außer dem eigentlichen Schuldner (Hauptschuldner, principalis debitor) noch ein Andrer zu derselben Leistung nebenbei (accessorisch) verpflichtet wird. Eine vertragsmäßige Verpflichtung dieser Art heißt Bürgschaft, Verbürgung [1]. Sie unterscheidet sich von der Bestärkung einer Obligation durch den Schuldner (§. 240.) darin, daß noch ein Andrer, als dieser selbst, für die Erfüllung der Verbindlichkeit desselben einsteht; von dem allgemeinen Charakter der solidarischen und Correalobligationen (§. 213...215.) dadurch, daß die Verpflichtung des Bürgen im Verhältniß einer accessorischen zu der des Hauptschuldners steht und diese voraussetzt, während sonst mehrere Personen gleichmäßig und selbstständig als Hauptschuldner zu demselben Gegenstande verpflichtet erscheinen [2].

Anm. [1] Vgl. überhaupt: die Bürgschaft, nach gemeinem Civilrecht, historisch und dogmatisch dargestellt von W. Girtanner, in 3. Abth. Jena 1850. 51.

[2] Die Eingehung einer Correalschuld kann allerdings materiell immerhin eine Verbürgung des einen für den andern Correalschuldner oder beider für

gegenseitig bezwecken und enthalten, indem Jemand, den das Schuld-
einem Grunde nach eigentlich gar nicht oder nur zum Theil angeht,
für das Ganze sich verpflichtet. Aber eine Bürgschaft im eigentlichen
ist dies nicht, sofern nicht dem Gläubiger gegenüber der eine als Haupt-
dner, der andere als accessorisch Verpflichteter auftritt. Girtanner S. 315. fg.
vgl. Bekker proc. Consumption S. 218. 222.

II. Formen der Verbürgung.

A. Nach römischem Recht.

§. 350.

1) Fideiussio [a].

Die vorzüglichste Form der Verbürgung nach römischem Recht ist die fideiussio [a], d. i. eine in Stipulationsform [1] eingegangene Verpflichtung, für die Zahlung der Schuld eines Andern einzustehen [b]. Als accessorische Obligatio [c] ist sie bedingt durch das Daseyn einer Hauptschuld [d], wie immer dieselbe entstanden seyn möge [e], obwohl die Stipulation schon im voraus für eine künftige Hauptschuld geschehen kann [f]. Auch ist die Fidejussio für eine naturalis obligatio vollkommen gültig [g], und kann also der Fidejussor wirksamer verpflichtet werden, als der Hauptschuldner [2]. Aber die Fidejussio ist ungültig, wenn sie unbedingt für eine bedingte Schuld eingegangen wird [h], oder unter einer andern Bedingung als diese, falls jene früher in Erfüllung geht [i], desgleichen, wenn sie auf etwas Anderes [k] oder auf Mehr [l], als die Hauptschuld gerichtet ist, oder in anderer Beziehung, z. B. rücksichtlich der Zeit- oder Ortsbestimmung, beschwerender als diese (fideiussio in duriorem causam) ist [m], während umgekehrt eine erleichternde Abweichung von dem Inhalt der Hauptschuld (fideiussio in leviorem causam) zulässig ist [3]. Die gültige Fidejussio erzeugt eine actio ex stipulatu gegen den Fidejussor, der vergleichbar einem Correus des Hauptschuldners verpflichtet ist [n].

[a] Inst. de fideiussoribus. 3. 20. Dig. de fideiussoribus et mandatoribus. 46. 1. Cod. 8. 41. [b] pr. J. h. t. L. 1. §. 8. D. de O. et A. 44. 7. [c] §. 5. J. h. t. [d] L. 70. §. 4. D. h. t. [e] L. 1. 2. L. 8. §. 1...3. 5. 6. D. h. t. cf. L. 4. pr. L. 8. §. 12. cod. [f] L. 6. §. 2. L. 57. D. eod. §. 3. J. h. t. [g] L. 6. §. 2. L. 7. L. 16. §. 3. 4. eod. §. 1. J. h. t. [h] L. 8. §. 7. D. h. t. [i] L. 70. pr. §. 1. eod. [k] L. 42. D. eod. cf. α) L. 70. §. 2. eod. β) L. 8. §. 8. eod. γ) L. 38. pr. vgl. mit L. 8. §. 10. eod. [l] §. 5. J. h. t. [m] L. 8. §. 7...10. L. 16. §. 1. 2. L. 34. D. h. t. [n] L. 4. §. 1. D. h. t. cf. L. 116. D. de V. O. 45. 1.

Wegnahme ſeiner nicht verpfändeten Sachen [c]. Verwandt dieſen Fällen iſt 4) das interdictum de arboribus caedendis [d] auf Geſtattung der Behauung oder Wegnahme eines der Gränze zu nahe ſtehenden fremden Baumes [3], welche dem ungebührlich beſchwerten Grundeigenthümer zuſteht, wenn der Eigenthümer des Baumes nicht ſelbſt auf Verlangen dem Uebelſtande abhilft.

Anm. [1] L. un. D. h. t. Ait praetor: *Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto.* §. 1. Glandis nomine omnes fructus continentur. Streitfrage: ob die Worte „*tertio quoque die*“ auf einen Zwiſchenraum von zwei freien Tagen zu deuten ſeyen? Guyet im civ. Arch. XVII. S. 64 fg. Bang. I. §. 297.: oder „einen Tag um den andern“ bedeuten? Thibaut civ. Abh. S. 1. fg. Sav. IV. S. 606. Vgl. übrigens Grimm in d. Ztſchr. für geſch. Rtsw. III. 11.

[2] Ueber einen Fall dieſer Art vgl. Seuffert's Arch. IV. 10. 11.

[3] L. 1. pr. D. h. t. Ait praetor: *Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stat, quominus eam adimas, tunc, quominus illi eam arborem adimere sibique habere liceat, vim fieri veto.* §. 7. Deinde ait praetor: *Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quominus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc quominus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto.* §. 8. Quod ait praetor, et lex XII. tabb. efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur; et hoc ideo effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret. §. 9. Differentia duorum capitum interdicti haec est: si quidem arbor aedibus impendeat, succidi eam praecipitur; si vero agro impendeat, tantum usque ad quindecim pedes a terra coerceri. vgl. L. 2. D. eod. Si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex lege XII. tabb. de adimenda ea recte agere potes, ius ei non esse ita arborem habere. — Streitfrage: ob das Interdict in §. 7. ſich beziehe auf die Aeſte über 15 Fuß? Hugo R. Rtsgeſch. S. 204. (vgl. Basil. LX. 16. cap. 13. ed. Heimb. V. p. 560.); oder auf die bis zur Höhe von 15 Fuß? Dirkſen in der Ztſchr. für geſch. Rtsw. II. S. 424. fg.; ſodann nach der zweiten Meinung: ob der Eigenthümer nicht doch auch die Beſeitigung der überhängenden Aeſte über 15 Fuß fordern könne? Guyet im civ. Arch. XVII. S. 31 fg. Dagegen Bang. §. 297. Anm. 4. a. E. — Analoge Anwendungen wegen Baumwurzeln: L. 1. Cod. de interd. 8. 1.

§. 348.

D. Verbindlichkeit zum Unterhalt einer Perſon.

Die Verbindlichkeit, Jemanden das Erforderliche zum Unterhalt zu gewähren, Alimentationsverbindlichkeit, wird kraft des Geſetzes [1]

[c] Dig. de migrando. 43. 32. (§. 312.). [d] Dig. de arboribus caedendis. 43. 27. (§. 131. Anm. 1.).

durch Verwandtschaft begründet [a]. Es haben diese Pflicht zunächst der Vater und die väterlichen Ascendenten, dann die Mutter und die mütterlichen Ascendenten gegen die Kinder [2], aber auch umgekehrt in gleichem Verhältniß diese gegen jene [b], vorausgesetzt [c] Bedürftigkeit auf der einen, hinlängliches Vermögen auf der andern Seite [3]. Der Umfang der Verbindlichkeit ist nach der Sitte und nach Stand und Vermögen der betheiligten Personen durch richterliches Ermessen (extraordinaria cognitione, §. 100. not. e.) zu bestimmen [d]. Durch schlechtes Betragen [4] kann der Anspruch auf Unterhalt verloren werden [e].

Anm. [1] Eine Alimentationsverbindlichkeit kann außerdem auch begründet werden durch Vertrag oder Vermächtniß, vgl. Dig. de alimentis legatis. 34. 1.; sodann durch Delict, als Theil der Schadensersatzpflicht, L. 7. D. de his qui effud. 9. 3. (§. 324...327.).

[2] Zwischen unehelichen Kindern und ihrem Erzeuger besteht diese Verbindlichkeit nach R. R. nicht, L. 7. D. h. t., ausgenommen für Concubinenkinder nach nov. cap. 12. §. 4. 6. cap. 13.; insbesondre nicht für Kinder ex damnato coitu, nov. 89. cap. 15. Nach canonischem Rechte aber ist der Erzeuger überhaupt den anerkannten unehelichen Kindern, selbst adulterinis, Alimente zu geben schuldig, cap. 5. X. de eo qui duxit. 4. 7.; und die gemeinrechtliche Praxis gibt denselben auch eine Klage auf Alimentation gegen den muthmaßlichen Erzeuger, der sie nicht freiwillig anerkennt. Diese Verbindlichkeit wird aber von Vielen als eine obligatio ex delicto (des Beischlafs mit der Mutter des Kindes) angesehen, und sind die näheren Bestimmungen darüber sehr streitig. Vgl. Gett die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft. München 1836. Holzschuher I. S. 429...446. Schoemann in Linde's Ztschr. n. F. I. 4. Die Praxis gibt außerdem auch der geschwächten Frauensperson eine Entschädigungsforderung gegen den Stuprator, die entschieden als obligatio ex delicto des unehelichen Beischlafs) zu betrachten ist. Seuffert §. 427. 428. Gett a. a. O. Holzschuher I. S. 415 ... 428. Vgl. Seuffert's Arch. I. 88. 153. 227. 228. II. 4. 44. 56. 57. 118. 186. 296. III. 60. 155. 254. 264. IV. 49. 50. 51. 148. 230. 234. 255. V. 175. 176. 290. VI. 200. — Zur legislativen Beurtheilung dieser Verhältnisse vgl. noch insbesondere Gett, theoret. prakt. Ausf. z. L. über die rechtl. Verhältnisse bezüglich der außerehel. Kinder sowie der Defloration sentschädigung. Bd. I. Nördlingen 1851. Arnold, über Alimentations- und Defloration sklagen. München 1851. krit. Ueberschau I. S. 310 fg.

[3] Manche nehmen auch unter Geschwistern gegenseitig eine Alimentationspflicht

[a] Dig. de alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis. 25. 3. Cod. de alendis liberis ac parentibus. 5. 25. [b] L. 5. 8. D. h. t. nov. 117. cap. 7. [c] L. 5. 7. 19. L. 9. D. h. t. L. 2...4. Cod. h. t. L. 8. §. 5. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. L. 5. §. 7. 10...12. 25. 36. D. h. t. cf. L. 43. 44. 234. §. 2. D. de V. S. [d] L. 5. 11. 23. D. h. t.

an; Thibaut Verſ. I. 12. arg. L. 12. §. 3. L. 13. §. 2. D. de adm. tut. 26. 7. L. 4. D. ubi pupill. 27. 2. L. 1. §. 2. D. de tut. act. 27. 3.... Sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad diminuendum, decreto scilicet interveniente; veluti si matri aut sorori, quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit: nam cum bonae fidei iudicium sit, nemo feret aut pupillum aut substitutum eius querentes, quod tam coniunctae personae alitae sint. Quinimo per contrarium putat posse cum tutore agere, si tale officium praetermiserit. Dagegen Müller im civ. Arch. XIII. 13. Puchta §. 316. „Dieſe Stelle enthalten nichts davon, die letzte vielmehr das Gegentheil." (?)

[4] Dies iſt nicht bloß auf die Enterbungsgründe nach nov. 115. einzuſchränken: Puggé im Rh. Muſ. III. S. 559. fg.

Drittes Capitel.

Von Sicherung der Forderungen durch Bürgſchaft.

§. 349.

I. Begriff der Bürgſchaft.

Für die Verwirklichung einer Forderung kann dem Gläubiger eine größere Sicherheit dadurch gewährt werden, daß außer dem eigentlichen Schuldner (Hauptſchuldner, principalis debitor) noch ein Andrer zu derſelben Leiſtung nebenbei (acceſſoriſch) verpflichtet wird. Eine vertragsmäßige Verpflichtung dieſer Art heißt Bürgſchaft, Verbürgung [1]. Sie unterſcheidet ſich von der Beſtärkung einer Obligation durch den Schuldner (§. 240.) darin, daß noch ein Andrer, als dieſer ſelbſt, für die Erfüllung der Verbindlichkeit deſſelben einſteht; von dem allgemeinen Charakter der ſolidariſchen und Correalobligationen (§. 213...215.) dadurch, daß die Verpflichtung des Bürgen im Verhältniß einer acceſſoriſchen zu der des Hauptſchuldners ſteht und dieſe vorausſetzt, während ſonſt mehrere Perſonen gleichmäßig und ſelbſtſtändig als Hauptſchuldner zu demſelben Gegenſtande verpflichtet erſcheinen [2].

Anm. [1] Vgl. überhaupt: die Bürgſchaft, nach gemeinem Civilrecht, hiſtoriſch und dogmatiſch dargeſtellt von W. Girtanner, in 3. Abth. Jena 1850. 51.

[2] Die Eingehung einer Correalſchuld kann allerdings materiell immerhin eine Verbürgung des einen für den andern Correalſchuldner oder beider für

einander gegenseitig bezwecken und enthalten, indem Jemand, den das Schuldverhältniß seinem Grunde nach eigentlich gar nicht oder nur zum Theil angeht, gleichwohl für das Ganze sich verpflichtet. Aber eine Bürgschaft im eigentlichen Sinne ist dies nicht, sofern nicht dem Gläubiger gegenüber der eine als Hauptschuldner, der andere als accessorisch Verpflichteter auftritt. Girtanner S. 315. fg. vgl. Bekker proc. Consumption S. 218. 222.

II. Formen der Verbürgung.

A. Nach römischem Recht.

§. 350.

1) Fideiussio [a].

Die vorzüglichste Form der Verbürgung nach römischem Recht ist die fideiussio [a], d. h. eine in Stipulationsform [1] eingegangene Verpflichtung, für die Zahlung der Schuld eines Andern einzustehen [b]. Als accessorische Obligatio [c] ist sie bedingt durch das Daseyn einer Hauptschuld [d], wie immer dieselbe entstanden seyn möge [e], obwohl die Stipulation schon im voraus für eine künftige Hauptschuld geschehen kann [f]. Auch ist die Fidejussio für eine naturalis obligatio vollkommen gültig [g], und kann also der Fidejussor wirksamer verpflichtet werden, als der Hauptschuldner [2]. Aber die Fidejussio ist ungültig, wenn sie unbedingt für eine bedingte Schuld eingegangen wird [h], oder unter einer andern Bedingung als diese, falls jene früher in Erfüllung geht [i], desgleichen, wenn sie auf etwas Anderes [k] oder auf Mehr [l], als die Hauptschuld gerichtet ist, oder in anderer Beziehung, z. B. rücksichtlich der Zeit- oder Ortsbestimmung, beschwerender als diese (fideiussio in duriorem causam) ist [m], während umgekehrt eine erleichternde Abweichung von dem Inhalt der Hauptschuld (fideiussio in leviorem causam) zulässig ist [3]. Die gültige Fidejussio erzeugt eine actio ex stipulatu gegen den Fidejussor, der vergleichbar einem Correus des Hauptschuldners verpflichtet ist [n].

[a] Inst. de fideiussoribus. 3. 20. Dig. de fideiussoribus et mandatoribus. 46. 1. Cod. 8. 41. [b] pr. J. h. t. L. 1. §. 8. D. de O. et A. 44. 7. [c] §. 5. J. h. t. [d] L. 70. §. 4. D. h. t. [e] L. 1. 2. L. 8. §. 1...3. 5. 6. D. h. t. cf. L. 4. pr. L. 8. §. 12. cod. [f] L. 6. §. 2. L. 57. D. eod. §. 3. J. h. t. [g] L. 6. §. 2. L. 7. L. 16. §. 3. 4. eod. §. 1. J. h. t. [h] L. 8. §. 7. D. h. t. [i] L. 70. pr. §. 1. eod. [k] L. 42. D. eod. cf. α) L. 70. §. 2. eod. β) L. 8. §. 8. eod. γ) L. 38. pr. vgl. mit L. 8. §. 10. eod. [l] §. 5. J. h. t. [m] L. 8. §. 7...10. L. 16. §. 1. 2. L. 34. D. h. t. [n] L. 4. §. 1. D. h. t. cf. L. 116. D. de V. O. 45. 1.

Anm. [1] Die gewöhnliche Formel der Stipulation zu diesem Zweck war: *Idem fide tua esse iubes?* mit der Antwort: *fide mea iubeo;* daher der Name fideiussio. Gai. III. 116. IV. 137. cf. §. 7. J. h. t. L. 8. pr. D. h. t. L. 12. Cod. h. t. L. 10. Cod. de contrah. stip. 8. 38. Eine allgemeinere Benennung ist adpromissor. L. 43. D. h. t. L. 5. §. 2. D. de V. O. 45. 1. — Ueber sponsio und fidepromissio als besondere Formen der Bürgschaft durch Stipulation (adpromissio) im ältern Recht vgl. Gai. III. 115...127. Im Justinianischen Recht sind diese mit ihren Eigenthümlichkeiten verschwunden. Spondere, sponsor (sc. pro alio) kommt darin als gleichbedeutend mit fideiubere und fideiussor vor. L. 26. Cod. h. t. §. 8. J. de mand. 3. 26. Anderwärts ist jenes gestrichen oder dafür letzteres interpolirt. L. 16. pr. D. h. t. L. 48. pr. D. de min. 4. 4. cf. Pauli sentt. I. 9. §. 5., §. 3. J. quib. mod. toll. obl. 3. 29. cf. Gai. III. 117. Girtanner S. 4. fg. S. 103. fg. vgl. Bekker a. a. O. S. 182. fg.

[2] Ob auch die Fidejussio für eine ganz ungültige Schuld wirksam sey? vgl. L. 25. D. h. t. Marcellus scribit: Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fideiusserit, magis est, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit: mit L. 6. D. de V. O. 45. 1.... „et ideo nec fideiussor pro eo *(sc. cui bonis interdictum est)* intervenire potest, sicut nec pro furioso"; und darüber Girtanner S. 21. fg.

[3] L. 8. §. 7. D. h. t. Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quod, si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit, eos omnino non obligari; in leviorem plane causam accipi possunt, propter quod in minorem summam recte fideiussor accipietur. Item accepto reo pure, ipse ex die vel sub conditione accipi potest; enimvero si reus sub conditione sit acceptus, fideiussor pure, non obligabitur. Vgl. Gai. III. 126. In eo iure quoque iuris par conditio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur, etc. Girtanner S. 27. fg. Bekker S. 195. fg.

§. 351.

2) Das sogenannte constitutum debiti alieni.

Nach prätorischem Recht erzeugte auch die formlose Zusage, für eine bestehende Schuld, eine fremde oder eigene, Zahlung zu leisten, eine Klage auf Erfüllung, actio constitutae pecuniae oder constitutoria [a]; nach dem Edict freilich nur in dem Fall, wenn der Schuldgegenstand in vertretbaren Sachen bestand, und in gewissen Fällen mit Beschränkung auf ein Jahr, welche beide

[a] Dig. de pecunia constituta. 13. 5. Cod. 4. 18. cf. Theophil. ad §. 8. J. de action. 4. 6.

Beschränkungen aber durch Justinian beseitigt sind [b]. Eine solche Zusage, in Betreff der Schuld eines Andern gegeben, das sog. constitutum debiti alieni, enthält nun auch eine Bürgschaft, ähnlich der Fidejussio. Mit dieser stimmt jenes darin überein, daß es eine Obligatio voraussetzt, die wenigstens als naturalis besteht [c], und daß es neben dieser, ohne sie aufzuheben, eine neue (accessorische) Obligatio des Constituenten begründet [d], die auch nicht auf mehr, als die erste, gehen kann [e]. Es unterscheidet sich aber von der Fidejussio dadurch, daß es keine bestimmte Form der Willenserklärung erfordert [f]; daß es nicht, wie die Fidejussio, ungültig ist, wenn unbedingt Zahlung einer bedingten Schuld [g] oder wenn ein höherer Betrag als der der Hauptschuld [h] versprochen ist, vielmehr stillschweigend im einen Fall die Bedingung ergänzt, im andern der Betrag herabgesetzt wird; sodann daß durch Constitutum die Zahlung auch an einem andern Orte und in einem frühern Zeitpunkte [i], oder einem andern, als dem bisherigen Gläubiger [k] zugesagt, und selbst etwas anderes als der Gegenstand der Hauptschuld gültig versprochen werden kann [l].

Anm. Nach L. 18. §. 1. D. h. t. enthielt das Edict die Worte: *eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse.* Darnach mußte, buchstäblich genommen, die Schuld schon zur Zeit des Zahlungsversprechens bestehen; vgl. L. 1. §. 8. eod. L. 35. D. de fideiussor. 46. 1. Daher auch die Streitfrage: an pro debito sub conditione vel in diem constituto eam possibile esset fieri et an pure constituta pecunia contracta valeret? die aber im Just. Recht bejahend entschieden ist. L. 2. Cod. h. t. L. 19. pr. D. h. t. Nach L. 2. Cod. cit., zumal nach den Worten des pr. in f., „et sit pecuniae constitutae actio omnes casus complectens, qui et per stipulationem possunt explicari", kann in Beziehung auf obigen Punkt eine Verschiedenheit zwischen Constitutum und Fidejussio (§. 350. not. f.) nicht wohl mehr angenommen werden. Girtanner S. 47. fg. S. 105. fg.

§. 352.

3) Das sog. mandatum qualificatum oder der Creditauftrag.

Wer Jemanden den Auftrag ertheilt, einem Andern Credit zu geben, d. h. entweder mit demselben ein Rechtsgeschäft erst

[b] L. 2. Cod. h. t. [c] L. 1. §. 1. 6...8. L. 3. §. 1. L. 18. §. 1. D. h. t. [d] L. 18. §. 3. cf. L. 23. pr. eod. [e] L. 11. §. 1. L. 12. 13. eod. [f] L. 14. §. 3. eod. [g] L. 19. pr. §. 1. eod. L. 2. Cod. h. t. [h] L. 11. §. 1. D. h. t. cf. L. 1. §. 8. L. 2. eod. [i] L. 3. §. 2. L. 4. 5. pr. eod. cf. L. 21. §. 1. eod. [k] L. 5. §. 2. eod. cf. L. 7. §. 1. eod. [l] L. 1. §. 5. D. h. t. cf. L. 14. §. 1. 2. eod.

einzugehen, wodurch er deſſen Gläubiger wird, z. B. ein Darlehen zu geben [a], oder auch nur die Betreibung einer ihm ſchon zuſtehenden Forderung hinauszuſchieben [b], der haftet jenem als Mandator dafür, daß ihm nach Befolgung des Auftrags Bezahlung ſeiner Forderung zu Theil werde [c]. Dieſe Wirkung tritt auch ein, wenn gleich der Mandator bei der Erfüllung des Auftrags kein Intereſſe hatte, wenn er nur den Willen an den Tag gelegt hat, für die Gefahr des Creditgebens einzuſtehen [d], und ſo ſelbſt, wenn auch der Mandatar ohnehin Credit geben wollte [e]. So kann auch in Form des Mandats in der That eine Bürgſchaft [1] für die künftige oder ſchon beſtehende Schuld eines Andern übernommen werden [f]. Die Klage gegen einen ſolchen Bürgen iſt die actio mandati contraria [g]. Seine Verbindlichkeit iſt rückſichtlich ihres Inhalts wie ihrer Vorausſetzungen überhaupt nach den Grundſätzen vom Mandat zu beurtheilen [h], wornach ihm denn auch umgekehrt mandati directa actio zuſtehen kann [i]. In Wahrheit aber iſt auch ſie, gleich der Obligatio des Fidejuſſor und Conſtituenten, eine acceſſoriſche, indem das Mandatsverhältniß eine Obligatio dieſes Inhalts eben nur unter Vorausſetzung des Entſtehens oder Vorhandenſeyns der Schuldverbindlichkeit eines Andern, die inſofern als die Hauptſchuld erſcheint, hervorbringt [2].

Anm. [1] Die weſentliche materielle Gleichheit des Creditauftrags und der Fidejuſſio gibt ſich zu erkennen in der häufigen Zuſammenſtellung des mandator und fideiussor, z. B. in der rubr. tit. Dig. de fideiussoribus et mandatoribus. 46. 1. und Cod. 8. 41., und wird im Allgemeinen ausgeſprochen in L. 32. D. mand.... In summa quicunque contractus tales sunt, ut (quicunque) eorum nomine fideiussor obligari possit, et mandati obligationem consistere puto: neque enim multum referre, praesens quis interrogatus fideiubeat an absens mandet. Daher wird auch der Auftrag, zu fidejubiren, durch ein ſog. mandatum qualificatum erfüllt. L. 62. §. 1. D. l. c. cf. Basil. XIV. 1. cap. 62. §. 1.

[2] Allerdings kann der Mandant auch verbindlich werden, wenn er Auftrag zu einem Geſchäft gab, das durchaus keine Forderung des Mandatars erzeugt, z. B. mit einem Wahnſinnigen oder Verſchwender. Aber hier kann denn auch nicht von Haftung des erſten für eine Forderung des letzten (§. 349.) die Rede

[a] §. 6. J. de mand. 3. 26. L. 6. §. 4. L. 12. §. 13. D. mand. 17. 1. cf. L. 13. pr. D. de minor. 4. 4. [b] L. 12. §. 14. D. eod. [c] L. 12. §. 14. L. 21. in f. eod. cf. L. 28. eod. [d] L. 6. §. 4. cit. L. 24. D. de fideiuss. 46. 1. L. 48. §. 1. mand. 17. 1. (§. 291. Anm.). [e] L. 71. §. 2. D. de fideiuss. 46. 1. [f] L. 32. D. mand. 17. 1. [g] L. 12. §. 13. in f. eod. [h] L. 12. §. 11...14. eod. L. 27. §. 5. eod. [i] L. 4. §. 4. eod.

seyn. So konnte auch durch Stipulation ohne Zweifel gültig versprochen werden, den Gegenstand eines vollkommen nichtigen Anspruchs zu leisten; wenn es durch Fidejussio nicht geschehen konnte (§. 350. Anm. 2), so hatte dieses nur in dem besondern Charakter dieser Stipulation seinen Grund (vgl. Gai. III. 119.); aber eine Bürgschaft war denn auch dort nicht vorhanden.

§. 353.

B. Nach heutigem Recht.

Im heutigen Recht ist die Stipulation und somit der formelle Unterschied zwischen Fidejussio und Constitutum einer fremden Schuld verschwunden. Beide sind nun zu einer Art der Bürgschaft verschmolzen, bei der es wesentlich nur auf den Willen, sich neben dem Hauptschuldner für dessen Schuldverbindlichkeit zu verpflichten, nicht auf die Form oder den Ausdruck, worin dieser Wille erklärt wird, ankommt, und bei der nun auch von selbst alle Beschränkungen, die der Fidejussio in Folge ihres besondern formellen Wesens eigenthümlich waren, weggefallen sind [1]. Aber auch das sog. Mandatum qualificatum kann als ein durch wesentliche Unterscheidungsmerkmale von jener Bürgschaft verschiedener Begriff nicht mehr festgehalten werden. Dasselbe erfordert wesentlich nur den ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen, für eine erst einzugehende oder schon bestehende (und noch weiter zu creditirende) Schuld eines Andern zu haften; da nun dieser irgendwie in beliebiger Form erklärte Wille überhaupt den Begriff der Bürgschaft im heutigen Sinne ausmacht, so muß jenes immer eine wahre Bürgschaft enthalten, die nur bedingt ist dadurch, daß der Gläubiger dem Mandat gemäß Credit gegeben habe. Materielle Verschiedenheiten zwischen der durch Mandat begründeten und einer sonstigen Bürgschaft können daher nicht mehr angenommen werden [2]. Geht die Verpflichtung über den Zweck der Bürgschaft, dem Gläubiger für die Bezahlung seiner Forderung einzustehen, hinaus, wie schon nach römischem Recht beim Constitutum der Fall seyn konnte (§. 351. not. i...l.), so mag man das Geschäft insofern nicht mehr als Bürgschaft oder nicht als reine Bürgschaft ansehen [3]; gültig und vollkommen wirksam ist aber heutzutage der Regel nach jede solche Verabredung, selbst diejenige, wodurch der Bürge absichtlich und geradezu mehr als den Betrag der Hauptschuld zu zahlen verspricht (§. 351. not. h.),

worin auch nicht nothwendig eine Schenkung an den Gläubiger enthalten iſt [4], allerdings aber eine ſolche enthalten ſeyn kann, die dann auch den Regeln der Schenkungen unterliegt.

Anm. [1] Dieſe Anſicht von der Verſchmelzung der Fideiuſſio und des Conſtitutum hat ſich zwar nur allmählich in voller Conſequenz geltend gemacht, iſt aber jetzt ziemlich allgemein angenommen. S. die dogmengeſchichtliche Entwickelung bei Girtanner S. 163...196., und deſſen eigene Anſicht S. 373. fg. Vgl. jedoch Anm. 3.

[2] Auch dieſes war eine Zeitlang ſchon gemeine Meinung. In neueſter Zeit wird von den Meiſten wieder und ſo auch von dem neueſten Bearbeiter dieſer Lehre das Gegentheil behauptet. Girtanner S. 169...198. 371. 540. fg. Allein wer Jemanden auffordert, einem Dritten Geld zu leihen oder zu ſtunden, mit der ausdrücklichen Erklärung, es geſchehe auf ſeine Gefahr, er haſte ihm dafür (*periculo meo crede, des ei nummos fide et periculo meo, periculo meo pecunia erit*), der iſt nach R. R. ex mandato obligirt. L. 12. §. 13. 14. D. mand. 17. 1. L. 24. D. de fideiuss. 46. 1. Es iſt aber gewiß gleichviel, wenn jener ſagt: „Borge, ich bürge dafür", und die hierdurch übernommene Verbindlichkeit ihr wiederum keine andere, als ob er ſagte: „wenn du borgſt, ſo bürge ich dafür." Dort wie hier liegt eine ausdrücklich eingegangene Obligatio vor, für die (künftige oder ſchon beſtehende) Forderung neben dem Schuldner einzuſtehen, wie Girtanner S. 315. die Bürgſchaft definirt. Wenn aber heutzutage die Bürgſchaft überhaupt nudo consensu contrahirt wird, ſo iſt es auch ungegründet, ausdrückliche Willenserklärung dazu vorauszuſetzen; und da nun zu einem verpflichtenden Mandatum (qualificatum) der wenigſtens ſtillſchweigend erklärte Wille, für die Forderung einzuſtehen, gehört (L. 2. §. 6. L. 6. §. 4. 5. D. mand.), ſo liegt darin eben immer eine Bürgſchaft von gleicher Art, wie ſie heute überhaupt vorkommt. Der Umſtand, daß das „Mandat den Gläubiger zu einer Gegenleiſtung verpflichtet" (Girtanner S. 373.), was übrigens nicht weſentlich iſt, ſteht nicht mit dem S. 15. aufgeſtellten Begriff in Widerſpruch, und die (ausdrückliche oder ſtillſchweigende) Verabredung einer Gegenleiſtung verträgt ſich mit jeder heutigen Bürgſchaft, die nun überhaupt als bonae fidei negotium zu beurtheilen iſt.

[3] Das Conſtitutum in aliam rem kann man als Bürgſchaft mit Verabredung einer datio in solutum anſehen, in andern Fällen eine Bürgſchaft mit einem Nebenvertrag über Zahlungstermin oder Zahlungsort annehmen. Girtanner S. 377. fg. Uebrigens machen Manche mit Rückſicht auf dieſe Fälle noch einen Unterſchied zwiſchen Bürgſchaft (fideiussio im heutigen Sinn) und Conſtitutum, theils nur im Namen, z. B. Seuffert §. 388., theils auch praktiſche Folgen daran knüpfend, z. B. Bang. III. §. 579. vgl. §. 555. Anm. 1. 4.

[4] So kann z. B. der Bürge ſpätere Zahlung mit Zinſen oder einer größern Summe anſtatt derſelben verſprechen, während der Hauptſchuldner gar nicht zu verbindlich iſt; dies iſt keine Schenkung für den Gläubiger. Auch kann ſonſt noch die Uebernahme einer ſchwereren Verbindlichkeit Gegenleiſtung für etwas anderes

eyn oder aus irgend einem andern Grunde, nicht donandi animo, stattfinden. Bei der Formlosigkeit der heutigen Bürgschaft und der Klagbarkeit aller Verträge ann sich an jene mancherlei ansetzen, was nach R. R. als Constitutum nicht ültig und mit der Stipulationsform der Fidejussio nicht verträglich war. Es ist uaestio facti, wie weit dann noch wirklich eine Bürgschaft vorliege. Vgl. übri- ens Girtanner S. 381. fg.

III. Wirkungen der Bürgschaft.

§. 354.

A. Haftung des Bürgen im Allgemeinen.

Der Bürge haftet dem Gläubiger der Regel nach, d. h. sofern r nicht im einzelnen Falle nur mit Beschränkung oder unter andern Modificationen sich verpflichtet hat [a], für die Erfüllung der Schuld- erbindlichkeit, für welche er sich verbürgt hat [b], in demselben Um- ange, wie der Hauptschuldner selbst [c], daher auch rücksichtlich des Zuwachses oder der Aenderungen im Inhalt der Schuld, welche urch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners bewirkt werden [d], nsbesondere für Verzugszinsen [e], nicht auch für vertragsmäßige Zinsen, wenn nicht die Bürgschaft von Anfang an für die Haupt- chuld als eine verzinsliche Schuld ohne Beschränkung übernommen der sonst auch auf die Zinsverbindlichkeit insbesondere erstreckt wor- en ist [f]. Der Bürge ist dagegen als solcher auch nur verpflichtet, enn die Hauptschuld wenigstens als naturalis obligatio rechtliche Wirksamkeit gewonnen hat [g], und regelmäßig nur unter den Be- chränkungen, welche dieser selbst anhaften [h], während solche Rechte, ie dem Hauptschuldner nur aus persönlichen Gründen zustehen, em Bürgen nicht schlechthin, sondern nur unter besondern Voraus- etzungen zu statten kommen [i]. Hat sich Jemand für einen Bürgen erbürgt (fideiussor fideiussoris, nach heutiger Terminologie auch ideiussor succedaneus, Afterbürge, Ueberbürge oder Nachbürge), o ist für ihn des Bürgen Obligatio die Hauptschuld, nach welcher

[a] L. 6. §. 1. L. 8. §. 7. L. 9. 34. D. h. t. 46. 1. §. 350. Anm. 3. §. 351. not. ...l. [b] L. 68. pr. §. 1. D. h. t. 46. 1. cf. L. 58. pr. eod. [c] L. 56. §. 2. eod. .. 54 pr. D. locati. 19. 2. [d] L. 58. §. 1. D. h. t. 46. 1. L. 88. 91. §. 4. D. de V.). 45. 1. L. 24. §. 1. D. de usur. 22. 1. [e] L. 54. pr. cit. L. 2. §. 12. D. de adm. er. civ. 50. 8. [f] L. 10. Cod. h. t. 8. 41. L. 4. Cod. de usur. 4. 32. [g] L. 6. §. 2. L. 57. D. h. t. 46. 1. L. 15. pr. eod. §. 350. not. f. g. §. 351. not. c. §. 352. Anm. 2. vgl. §. 247. not. p. q. [h] L. 8. D. de eo quod certo loco. 13. 4. L. 19. pr.). de except. 44. 1. [i] L. 7. pr. D. l. c. vgl. §. 357. Anm. 4.

ſich ſeine Verbindlichkeit beſtimmt [k]. Uebrigens finden auf die bürgſchaftliche Verpflichtung auch die allgemeinen Grundſätze von Obligationen Anwendung [l]. Mehrere Bürgen für dieſelbe Schuld haften im Zweifel in solidum [m].

Anm. Wie weit ſich die Haftung des Bürgen erſtrecke, iſt meiſtens quaestio facti. Streitig iſt insbeſondere die Frage wegen Haftung für Zinſen der Hauptſchuld. Vgl. L. 54. pr. D. 19. 2. Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur . . . ? Paulus respondit: si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras; usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis applicentur, tamen, quum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur, ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: *in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes?* vel ita: *indemnem me praestabis?* L. 68. §. 1. D. h. t. Pro Aurelio Romulo, conductore vectigalis, centum annua Petronius Thallus et alii fideiusserant, ... lecta subscriptione fideiussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem, decrevit, fideiussores in usuras non teneri etc. Daß in der letzten Stelle eine Verbindlichkeit für die Verzugszinſen nicht angenommen wird, erklärt ſich aus der ſtrictae Natur der auf certa pecunia gerichteten fideiussio, deren Einfluß auch in L. 8. D. 13. 4. ſich zeigt. Für das heutige Recht, in welchem dieſe Rückſicht wegfällt, ſind daher dieſe Stellen nicht entſcheidend. Vgl. überhaupt Gintanner S. 385. fg. 409. fg.

§. 355.

B. Schutzmittel des Bürgen.

Der Bürge iſt an ſich der Regel nach neben dem Hauptſchuldner und gleichmäßig wie dieſer dem Gläubiger verpflichtet, ſo daß dieſem nach ſeiner Wahl gegen den einen oder andern, ſo wie auch gegen jeden von mehreren Bürgen für dieſelbe Schuld, die Schuldklage zuſteht [a], es hätte denn der Bürge nur für Schadloshaltung des Gläubigers, falls dieſer von dem Hauptſchuldner nicht volle Befriedigung erlangen könne, haften zu wollen erklärt, als ſog. Schadlosbürge (fideiussor indemnitatis) [b]. Allein als beſonderes Schutzmittel gegen die Klage ſteht dem Bürgen auch ohnedies

[k] L. 8. §. 12. L. 27. §. 4. D. h. t. 46. 1. [l] L. 88. 91. §. 4. D. de V. O. 45. 1. L. 95. §. 1. D. de solut. 46. 3. [m] §. 4. J. h. t. 3. 20.

[a] L. 5. 7. 19. 20. Cod. h. t. 8. 41. L. 56. pr. 60. pr. D. mand. 17. 1. L. 7. §. quod cum eo. 14. 5. [b] L. 41. D. h. t. 46. 1. L. 116. D. de V. O. 45. 1.

1) die Rechtswohlthat der Vorausklage zu, das sog. beneficium excussionis sive ordinis [c]; er kann durch Exceptio die Klage des Gläubigers vorerst abweisen, indem er verlangt, daß dieser zunächst den Hauptschuldner belange, und nur, sofern von diesem Bezahlung nicht zu erlangen sey, ihn, den Bürgen, in Anspruch nehme [1]. Diese Einrede findet jedoch, theils nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes, theils nach dessen verständiger und durch die Praxis bewährter Auslegung, nicht statt: a) wenn der Hauptschuldner abwesend ist und von dem anwesenden Bürgen nicht in einer richterlich zu bestimmenden Frist gestellt wird [2], oder wenn sonst die Ausklagung desselben erheblich schwieriger ist, als die des Bürgen, z. B. wegen Concurs des Hauptschuldners; b) wenn der Gläubiger gegen den Hauptschuldner eine wirksame Klage nicht mehr hat oder gar nicht gehabt hat [3], ohne daß dieses die Wirksamkeit der Bürgschaft aufhebt; c) wenn der Bürge auf diese Rechtswohlthat verzichtet hat, es sey bei Eingehung der Bürgschaft oder nachher, es sey ausdrücklich oder stillschweigend durch die Art und Weise oder die näheren Bestimmungen der Verbürgung [4]; d) wenn der Bürge die Bürgschaft arglistig abgeläugnet hat [d]. Der Bürge hat sodann

2) wenn Mehrere für dieselbe ganze Schuld sich verbürgt haben, die Rechtswohlthat der Theilung (beneficium oder auxilium divisionis) [e], nach den Bestimmungen des §. 215. [5]), welche jedoch ebenfalls durch Verzicht und arglistige Abläugnung der Bürgschaft ausgeschlossen wird [f], auch den Bürgen eines Vormundes nicht zusteht gegen den Mündel [g]. Endlich kann der Bürge

3) mittels der doli exceptio auch erwirken, daß der gegen ihn klagende Gläubiger ihm seine Klage gegen den Hauptschuldner, beziehungsweise gegen Mitbürgen, abtrete [h]; dies ist das sog. beneficium cedendarum actionum [6].

Anm. [1] Die Nov. 4., von Justinian a. p. Chr. 535. erlassen, sagt in cap. 1. nach dem Text der vulgata versio (Ausg. von Heimbach): Si quis igitur crediderit et fideiussorem aut mandatorem aut sponsorem accepe-

[c] Nov. 4. cap. 1. [d] arg. L. 10. §. 1. D. h. t. 46. 1. (not. f.). [e] §. 4. J. h. t. 3. 20. cf. Pauli sentt. I. 20. L. 26...28. 49. §. 1. L. 51. §. 1. 4. D. h. t. 46. 1. L. 16. Cod. eod. 8. 41. L. 7. D. de fideiuss. tut. 27. 7. L. 3. Cod. de const. pec. 4. 18. [f] L. 10. §. 1. D. h. t. 46. 1. [g] L. ult. D. rem pup. salvam fore. 46. 6. [h] L. ult. cit. Nov. 4. cap. 1. in f. L. 17. 36. D. h. t. 46. 1. cf. L. 28. D. mand. 17. 1. L. 95. §. 11. D. de solut. 46. 1.

rit... veniat primum ad eum, qui aurum accepit debitumque contraxit.... Si vero non valuerit a debitore accipere aut in partem aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit accipere, secundum hoc ad fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem veniat, et ab illo, quod reliquum est, sumat. — Der griechische Text hat für sponsor: ἀντιφωνήτης, d. i. constituens oder constitutae pecuniae reus (Harmenopul. I. 3. §. 40. III. 6. §. 1. 11.), wie es auch die Vulgata überſetzt in nov. 115. cap. 6. nov. 136. praef. cap. 1. — Ueber das ganze Geſetz und deſſen Auslegung in der Praxis ſ. Girtanner S. 113...125. 199...248. 423...456.

[2] Nov. 4. cap. 1. cit. Si vero fideiussor aut mandator aut qui sponsioni se subiecit, adsit, principalem vero abesse contigerit, acerbum est creditorem mittere alicubi, quum possit mox fideiussorem aut mandatorem aut sponsorem exigere.... Probet igitur fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem et causae residens iudex det tempus fideiussori (idem est dicere sponsori et mandatori) volentibus principalem deducere, quatenus ille prius sustineat conventionem et sic ipsi in ultimum subsidium serventur.... Si vero tempus in hoc indultum excesserit..., tunc fideiussor aut mandator aut sponsor exsequatur litem et debitum exigat contra eum, quem fidedixit aut pro quo mandatum scripsit aut sponsionem suscepit, a creditore actionibus sibi cessis. Vgl. Seuffert's Arch. II. 46. V. 182. VI. 42.

[3] Arg. nov. 4. cap. 1. verbis: *Si vero non valuerit a debitore accipere* etc. Anm. 1. So, wenn der Hauptſchuldner naturaliter verpflichtet iſt: ſo auch, wenn derſelbe notoriſch zahlungsunfähig iſt. Vgl. Seuffert's Arch. IV. 42. VI. 41.

[4] So kann z. B. mit Recht angenommen werden, wenn ſich Jemand „als Selbſtſchuldner" verbürgt (Seuffert's Arch. V. 132.), oder unter Feſtſetzung einer frühern oder auch überhaupt einer beſonders beſtimmten Zahlungszeit, oder auch unter Umſtänden bei Verabredung eines andern, namentlich eines bequemern Zahlungsortes (§. 351. not. i.). Auch muß das beneficium excussionis wegfallen, wenn einem andern Gläubiger conſtituirt iſt (§. 351. not. k.), da hier gegen den Hauptſchuldner ja gar keine Klage hat (vgl. Anm. 3.); ob auch, wenn alia res verſprochen iſt (§. 351. not. l. §. 353. Anm. 3.)? Bang. III. §. 579. Dagegen Girtanner S. 433.

[5] Darnach kommt es darauf an, wie viele Bürgen verpflichtet und in welchem Maße ſie zur Zeit der Litisconteſtatio zahlungsfähig ſind und mit Erfolg belangt werden können: die Obligatio iſt nicht ipso iure getheilt (not. e.). Damit ſteht freilich nicht im Einklang L. 48. §. 1. D. h. t. 46. 1. Sie bezog ſich vermuthlich auf die sponsio und fidepromissio, die nach der lex Furia unter Mehrere ipso iure getheilt wurde (Gai. III. 121.), und hat ſich nur durch Verſehen mit verunglückter Interpolation in die Pandecten eingeſchlichen. Girtanner S. 462. fg. — Manche wollen übrigens das beneficium divisionis nur auf den Fall gemeinſamer gleichzeitiger Verbürgung beſchränken. Seuffert §. 385. Seuffert's Arch. III. 263. Dagegen Girtanner S. 466. Seuffert's Arch. VI. 43.

[6] Vgl. §. 213. not. k. §. 214. not. e. Den Anſpruch auf Ceſſion der

Klage gegen Mitbürgen läugnet Savigny, Obligationenrecht I. S. 273. fg. Dagegen Girtanner S. 538. Anm. 9.

[7] Um den Bürgen zu schützen gegen Gefährdung obiger Rechtswohlthaten, gibt die Praxis nach mißverständlicher Auslegung der L. 28. D. h. t. („si contendat") demselben das Recht, den Gläubiger zur Klage aufzufordern durch sog. provocatio ex lege si contendat.

§. 356.

C. Regreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner.

Zwischen dem Bürgen und Hauptschuldner wird durch die Bürgschaft an sich ein besonderes Rechtsverhältniß nicht erzeugt. Von dem Grunde, aus welchem die Bürgschaft übernommen wurde, hängt es ab, ob der Bürge wegen des Nachtheils, den ihm die Bürgschaft bringt, den Hauptschuldner in Anspruch nehmen kann. Er kann es z. B. nicht, wenn er die Bürgschaft in der That nur in eigenem Interesse (als fideiussor in rem suam [a]) übernommen hat, oder in der Absicht, dadurch dem Hauptschuldner einen einen Vortheil zu gewähren (donandi animo [b]), vorausgesetzt, daß nicht darin eine ungültige Schenkung liege [1]. In der Regel aber fällt die Verbürgung entweder unter den Gesichtspunkt des Mandats (§. 293.) oder der Geschäftsführung (§. 298.), wenn nämlich dieselbe entweder nach dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen des Hauptschuldners [c] oder ohne Auftrag in dessen Interesse geschehen ist [d]. Alsdann kann der Bürge mit der contraria actio mandati oder negotiorum gestorum den Hauptschuldner auf Schadloshaltung belangen. Unter Umständen kann er schon darauf klagen, daß ihn der Hauptschuldner von der Bürgschaft befreie, insofern schon deren Uebernahme als mandatmäßige Handlung oder verpflichtende negotiorum gestio und deren Abnahme ex bona fide negotii als billige Forderung erscheint, z. B. wenn der Bürge schon zur Zahlung verurtheilt ist oder der Hauptschuldner die Tilgung der Schuld ungebührlich verzögert oder durch Verschwendung seine Zahlungsfähigkeit gefährdet [e]. Vollends aber kann er auf Ersatz klagen, wenn und soweit er auf seine Kosten bereits

[a] L. 24. D. de pactis. 2. 14. [b] L. 9. §. 3. D. ad Sc. Maced. 14. 6. L. 6. §. 2. mand. 17. 1. cf. L. 40. eod. [c] §. 6. J. h. t. 3. 20. L. 20. §. 1. L. 21. 22. pr. mand. 17. 1. L. 6. §. 2. L. 18. cod. L. 60. D. de R. J. [d] L. 6. §. 2. L. 20. §. 1. mand. 17. 1. [e] L. 38. §. 1. L. 55. §. 5. D. eod. L. 10. Cod. mand. 4. 35. cf. 55. §. 2. D. eod.

den Gläubiger befriedigt und so auch den Hauptschuldner befreit hat [f]; vorausgesetzt freilich, daß er dabei nicht selbst durch Argliſt oder Nachläſſigkeit etwas verſchuldet hat, z. B. durch Nichtbenutzung zuſtändiger Vertheidigungsmittel gegen die Forderung des Gläubigers, oder Unterlaſſung der Anzeige ſeiner Zahlung, in Folge deren der Hauptſchuldner dieſelbe noch einmal zu leiſten verleitet ward [g]. Auch ohne Zahlung von ſeiner Seite kann der Bürge Anſpruch auf Erſatz haben, wenn, in der Abſicht ihm zu ſchenken, ein Anderer die Zahlung geleiſtet oder der Gläubiger die Schuld erlaſſen hat [h]. Für die Erfüllung der Erſatzverbindlichkeit des Hauptſchuldners kann auch wieder ein Bürge ſich verpflichten [i], ſog. Rückbürge.

Abgeſehen von beſonderem Verpflichtungsgrunde zum Erſatz kann der Bürge auch mit der Klage des befriedigten Gläubigers, vermöge wirklicher oder kraft ſeines Anſpruchs darauf als geſchehen anzunehmender Abtretung derſelben (mandata oder utilis actio, §. 255.), den Hauptſchuldner belangen [k], und zwar auch dann [l], wenn er ſich bei der Zahlung die Abtretung der Klage nicht ausdrücklich vorbehalten hat [2]. Jedoch kann dieſer Klage doli exceptio entgegenſtehen, wenn z. B. der Bürge donandi animo oder in rem suam ſich verbürgt oder ſonſt dem Schulder gegenüber auf jeden Regreßanſpruch verzichtet hatte.

Anm. [1] Es läßt ſich auch denken, daß die Bürgſchaft mit Verzichtleiſtung auf jeden Regreßanſpruch, vergleichshalber oder ſonſt einer Gegenleiſtung wegen oder conditionis implendae causa u. dgl. m., übernommen ſey.

[2] Unbeſtritten iſt dies bezüglich des Mandatum qualificatum. Man legt dem Mandator jederzeit noch mandati actio auf Ceſſion der Klage bei, gemäß L. 28 D. mand. Papinianus libro tertio quaestionum ait, mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare; propter mandatum enim suum solvit et suo nomine; ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere. Bei andern Arten der Bürgſchaft iſt es ſehr ſtreitig. Man behauptet, durch die vorbehaltloſe Zahlung des Bürgen werde die Hauptſchuld getilgt und ſey daher eine Ceſſion der Schuldklage nicht mehr möglich; Puchta §. 405. not. n. o. (vgl. oben §. 255. Anm. 3.), Seuffert §. 385. not. 26. und andere (vgl. Girtanner S. 217. fg. 251. fg.); arg. L. 76. D. de solut. 46. 3., die ſich auf mehrere ſolidariſch verpflichtete Vormünder bezieht (vgl. Savigny, Obl. I. S. 252. fg.). Allein nach L. 36. D. de fideiuss. 46. 1. wird

[f] L. 10. §. 11. D. eod. [g] L. 10. §. 12. L. 29. eod. cf. L. 67. D. de fideiuss. 46. 1. [h] L. 10. §. 13. L. 11. 12. pr. . . §. 2. D. mand. 17. 1. [i] L. 4. pr. D. de fideiuss. 46. 1. [k] §. 355. not. h. [l] L. 28. D. mand. 17. 1. L. 36. D. de fideiuss. 46. 1.

mit Recht dagegen behauptet, daß schon nach R. R. die Zahlung eines Fidejussor regelmäßig und ohne besondere Verabredung nicht als Tilgung der Hauptschuld, sondern als Kauf der Forderung behandelt werde. Girtanner S. 555. fg. So ergibt sich materiell, obgleich nach anderer formeller Auffassung, derselbe Erfolg, wie beim Mandatum qualificatum. Nach heutigem Recht ließe sich ohnehin eine solche Verschiedenheit nicht durchführen, da Bürgschaft durch Mandat und Fidejussio nicht mehr genau zu scheiden sind (§. 355. Anm. 2.), und der Entscheidungsgrund der L. 28. cit. nach der Natur der Sache regelmäßig bei jeder heutigen Bürgschaft eben so gut anwendbar wäre.

§. 357.

IV. Aufhebung der Obligatio des Bürgen.

Die Aufhebungsgründe der Obligationen überhaupt finden auch Anwendung auf die Obligatio des Bürgen. Diese kann zudem aus folgenden besondern Gründen erlöschen:

1) durch Vereinigung derselben mit der Hauptschuld in einer und derselben Person, confusio, also, wenn der Bürge Erbe des Hauptschuldners wird oder umgekehrt, insofern nicht auch dann noch die Forderung aus der Bürgschaft dem Gläubiger Vortheile darbietet, die ihm die Hauptforderung selbst nicht gewährt [1];

2) wenn und soweit dem Gläubiger ein Verschulden gegen den Bürgen zur Last fällt, wodurch diesem die Rechtswohlthat der Vorausklage oder der Abtretung der Klagen vereitelt ist; der Klage aus der Bürgschaft steht alsdann eine zerstörliche doli exceptio entgegen, oder die Einrede aus der vereitelten Rechtswohlthat nimmt den Charakter einer zerstörlichen an [2];

3) durch Wegfallen des Zweckes oder Gegenstandes der Bürgschaft, also durch jede Aufhebung der Hauptschuld, welche den Rechtsanspruch, zu dessen Sicherung die Bürgschaft dienen sollte, völlig tilgt, sey es Zahlung oder was dieser in der Wirkung gleichzuachten ist [3].

Nicht diese Wirkung hat ein ohne Befriedigung des Gläubigers die Obligatio des Hauptschuldners aufhebender Umstand, für welchen der Bürge selbst verantwortlich ist [4].

Schutzmittel, welche nur auf persönlichen Befreiungsgründen des Hauptschuldners beruhen, stehen an sich dem Bürgen nur insofern zu, als sonst wegen seiner Rückansprüche gegen den Hauptschuldner deren Zweck auch für diesen vereitelt würde [5].

Anm. [1] Diese Regel wird ausgesprochen in Beziehung auf die Fideiuss., vgl. §. 273. Anm. 2. L. 95. §. 3. D. de solut. 46. 3. Quod vulgo iactatur: *fideiussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari*, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur. Aber auch beim Constitutum und Mandatum ergibt sich dasselbe nach der Natur der Sache, wenn die Verbindlichkeit des Constituenten oder Mandator sich durch nichts von der des Hauptschuldners unterscheidet. — Nicht als plenior wird die obligatio fideiussoris angesehen, wenn und weil dafür ein Afterbürge bestellt ist: L. 38. §. 5. D. de solut. 46. 3., wogegen jedoch erhebliche Einwendungen macht Girtanner S. 511. fg. vgl. S. 490. fg.

[2] Ein sehr streitiger Punkt! Die gewöhnliche Annahme, daß die exceptio cedendarum actionum eine peremtorische werde, wenn der Gläubiger durch seine Schuld die Klagen verloren hat, wird, ausgenommen beim Mandatum qualificatum (L. 95. §. 11. D. de solut.), lebhaft bestritten von Girtanner S. 468. fg. 543. fg. Dieser behauptet es dagegen allgemein von der exceptio excussionis, wenn der Gläubiger die Ausklagung des Hauptschuldners nachlässig versäumt habe, bis diese keinen Erfolg mehr hat (arg. nov. 4. cap. 1. verb. *si vero non valuerit* etc., richtiger übersetzt: *si non poterit* etc., welche Worte doch nur aussagen, daß der Bürge zahlen müsse, wenn der Gläubiger, indem er zuerst gegen den Hauptschuldner sich wendete, Befriedigung nicht erlangen konnte), während Andre nur bei dem Mandatum qualificatum und der fideiussio indemnitatis dem Bürgen eine Einrede geben, wenn der Gläubiger seine Nichtbefriedigung durch den Schuldner selbst verschuldet hat (arg. L. 41. pr. L. 62. D. h. t. 46. 1.), Puchta §. 405. not. q. r. vgl. Jäger in Linde's Ztschr. V. S. 234. fg. — Der entscheidende Gesichtspunkt für das heutige Recht ist dieser, daß nun jede Bürgschaft regelmäßig, gleich dem römischen Mandatum (§. 353. Anm. 2.), ex fide bona zu beurtheilen ist; dieser kann der Gläubiger zuwider handeln, indem er durch sein Zuthun oder auch durch seine Nachlässigkeit den Bürgen die ihm gesetzlich zukommenden Hülfsmittel vereitelt, und nun doch den letzten in Anspruch nimmt. Nur kann man nicht schlechthin, so wenig beim Mandatum qualificatum wie sonst, jede nachsichtige Zögerung des Gläubigers in Ausklagung des Schuldners jenem als ein Verschulden gegen den Bürgen anrechnen.

[3] L. 43. D. de solut. 46. 3. spricht die Regel aus: In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora. vgl. §. 276. not. c. Daß diese Regel nicht durchgängig richtig, ergibt §. 276. not. d. und L. 60. D. de fideiuss. 46. 1. Ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fideiussorem respondit; cum vero genere novationis transeat obligatio, fideiussorem aut iure aut exceptione liberandum. Vgl. auch L. 19. D. de duob. reis. 45. 2. Sie wird daher jetzt als falsch und unrichtig ganz verworfen von Girtanner S. 79. fg. 495. fg., obgleich sich eine Entscheidung findet in L. 38. §. 5. D. de solut. 46. 3., die sich nur als Anwendung jener Regel erklären läßt. Vgl. Anm. 1. a. E. Anm. 4. b. c. — Außerdem wird speciell als Befreiungsgrund

für den Mandator sowohl als den Fidejussor angeführt die Aufhebung der Hauptschuld durch Confusio (L. 71. pr. D. h. t. vgl. §. 273. Anm. 1.) und durch Novatio (L. 4. Cod. h. t.), welche beide solutionis iure wirken, für den Fidejussor insbesondere noch Eid über die Hauptschuld, welcher ebenfalls in locum solutionis succedit (L. 28. §. 1. D. de iureiur. 12. 2.). Dieselbe Wirkung muß aus gleichem Grunde die datio in solutum (§. 222.) haben, die Compensation (§. 265. not. h.), der vollständige Schuldverlaß gleich der römischen Acceptilatio (§. 267. Anm. 1. a. β. u. d. §. 269. not. k.), und nach L. 60. cit. „cum genere novationis transeat obligatio“ (§. 271. Anm. 2.), sowie nach der Natur der Sache die Erlöschungsgründe in §. 276. not. a. b. In allen diesen Beziehungen ist schon nach R. R. kein Unterschied zwischen dem Fidejussor und Mandator, und bedarf man nicht der Ableitung aus der Correalität der obligatio fideiussoris, die, schon nach R. R. problematisch, wenigstens nach heutigem Recht als Regel sich nicht behaupten läßt. — Bestritten wird von Girtanner S. 514. die Tilgung der Bürgschaft in den Fällen des §. 277. not. a...c, gewiß mit Unrecht und gegen den Geist der betreffenden Gesetze. — Die nach älterem Recht für die Fidejussio geltende Aufhebung durch Litiscontestatio mit dem Hauptschuldner oder einem Mitbürgen ist im Just. Recht für sie, wie für alle Correalobligationen, beseitigt. L. 28. Cod. h. t. (§. 271. Anm. 2.).

[4] Vgl. §. 276. not. d. — a) L. 88. D. de V. O. (Paul.) Sed si fideiussor hominem occiderit, reus liberatur, fideiussor autem ex stipulatione *(ex stipulatu actione?)* conveniri potest. L. 95. §. 1. D. de solut. (Papinian.) „aliter quam in persona fideiussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione fideiussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset“ (§. 274. Anm. 2. 6.). Dagegen b) L. 19. D. de dolo. 4. 3. Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Julianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentiam ipse quoque dimittitur. c) L. 38. §. 4. D. de solut. (African.) „hoc casu in ipsum fideiussorem ex edicto actionem restitui oportere, quemadmodum in eum fideiussorem, qui hominem promissum occidit.“ Bekker a. a. O. S. 203. fg.

[5] L. 19. D. de except. 44. 1. stellt die Regel auf: Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt. Dagegen §. 4. J. de replicat. 4. 13. Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fideiussoribus eius, et recte, quia, quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati iudicio redditurus est iis, quod ii pro eo solverint. Das erste ist vollkommen richtig bezüglich der anfänglich begründeten auch die naturalis obligatio ausschließenden Exceptionen z. B. L. 12. Cod. de non. num. pec. 4. 30. L. 15. pr. D. h. t. 46. 1. L. 16. §. 1. D. ad Sc. Vell. 16. 1. Außerdem aber vgl. a) §. 282. not. h. b) L. 7. pr. D. de except. Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios. veluti ea, quam socius habet exceptionem, *quod facere possit*, vel parens

patronusve, non competit fideiussori; sic mariti fideiussor post solutum matrimonium datus dotis nomine condemnatur (§. 225.). §. 1. ibid. Rei autem cohaerentes exceptiones (§. 102.) etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori etc. c) L. 32. D. de pact. 2. 14. Quod dictum est, si cum reo pactum sit, ut non petatur, fideiussori quoque competere exceptionem, propter rei personam placuit, ne mandati iudicio conveniatur. Igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fideiusserit, dicendum est, non prodesse exceptionem fideiussori. L. 21. in f. L. 22. eod. Itaque debitoris conventio fideiussoribus proficiet — nisi hoc actum est, ut duntaxat a reo non petatur, a fideiussore petatur. vgl. aber Anm. 2. cf. L. 23. 24. eod. L. 27. §. 2. L. 62. eod. d) L. 7. §. 1. in f. D. de cept. (cf. sub b.). Idem dicitur, et si... fideiusserit... pro minore 25 annis circumscripto; quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio. L. 13. pr. D. de minor. 4. 4. In causae cognitione versabitur, utrum soli ei *(sc. minori)* succurrendum sit, an etiam his, qui pro eo obligati sunt, utputa fideiussoribus. Itaque si, quum scirem minorem et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo, non est aequum, fideiussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio. In summa perpendendum erit praetori, cui potius subveniat, utrum creditori an fideiussori; nam minor captus neutri tenebitur. Facilius in mandatore dicendum erit, non debere si subveniri, hic enim velut affirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur. et sqq. cf. L. 3. §. 4. eod. L. 51. D. de procurator. 3. 3. L. 1. 2. Cod. de fideiussor. min. 2. 24. L. 95. §. 3. D. de solut. 46. 3. vgl. §. 124. not. g. Girtanner S. 521. fg. Bekker S. 200. fg.

V. Beſchränkungen der Bürgſchaft.

§. 358.

Das römiſche Recht unterſagt Bürgſchaften der Soldaten für Pachtungen [a], Bürgſchaften der Geiſtlichen für öffentliche Leiſtungen, weltliche Pachtungen, Vormundſchäften und fremde Proceßführung [b]; die heutige Anwendbarkeit dieſer Beſtimmung iſt aber ſehr zweifelhaft [1]. Wichtig dagegen ſind die geſetzlichen Beſchränkungen für Bürgſchaften der Frauen, theils der Frauensperſonen überhaupt, und zwar rückſichtlich der Wirkſamkeit und rückſichtlich der Form der Interceſſionen, theils der Ehefrauen insbeſondere [2]. Sie

[a] L. 31. Cod. de locato. 4. 65. cf. L. 8. §. 1. D. qui satisd. cog. 2. 8. [b] Nov. 123. cap. 6. cf. can. 29. C. XI. qu. 1. cap. 1. X. de fideiuss. 3. 22.

beruhen theils auf dem senatusconsultum Velleianum und dessen Auslegung [c], theils auf besondern Vorschriften Justinians [d].

Anm. [1] Vgl. darüber Girtanner S. 143. fg. 283. fg. 368. fg.

[2] Kattenhorn, die Intercession der Frauen. Gießen 1840. Girtanner S. 133. g. 258. fg. 335. fg.

A. Senatusconsultum Velleianum.

§. 359.

Nach dem genannten Senatsbeschluß sollen nicht nur Bürgschaften, sondern überhaupt Intercessionen der Frauen wirkungslos seyn [1]. Intercession aber ist die Uebernahme einer Obligatio für einen Andern, neben demselben oder anstatt desselben, wodurch man sich der Gefahr aussetzt, anstatt desjenigen, welchen die Schuldverbindlichkeit eigentlich angeht, weil dieser die Befriedigung des Gläubigers nicht bewirkt, von dem letzten in Anspruch genommen zu werden und aus seinem Vermögen Zahlung leisten zu müssen [2]. Die Intercession ist 1) sog. cumulative Intercession, wenn Jemand neben dem eigentlichen Schuldner ein Obligatio übernimmt, so daß der Gläubiger seine Forderung gegen den einen oder andern richten kann; dahin gehört a) die Bürgschaft [a], b) die Eingehung einer Gesammtschuld, welche ihrem Grunde nach ganz oder zum Theil den Mitschuldner angeht [b], sodann auch c) die Pfandbestellung für eine fremde Schuld [c], wodurch man diese ohne persönliche Verpflichtung gewissermaßen auf seine Sache übernimmt; 2) sog. privative Intercession, wenn Jemand eine Obligatio anstatt des Andern übernimmt, so daß gegen diesen der Gläubiger keine Forderung hat; dahin gehört a) die Uebernahme einer fremden Schuld durch Novation, Expromissio [d], desgleichen b) durch Litiscontestatio oder Uebernahme der Defensio gegen die Schuldklage [e], und ebenso c) durch Eingehung eines Compromisses für den Schuldner [f], aber auch d) die Eingehung einer Contractsverbindlichkeit gegen einen Dritten für einen Andern, welchem jene vorabgenommen werden und doch der

[a] Dig. ad senatusconsultum Velleianum. 16. 1. Cod. 4. 29. [d] α) L. 23. Cod. l. c. β) Nov. 134. cap. (Auth. *si qua mulier* ad L. 22. Cod. l. c.)

[b] L. 2. §. 1. D. h. t. L. 19. 22. Cod. de fideiuss. 8. 41. L. 10. Cod. mand. 4. 35. (§. 350...353.). [b] L. 17. §. 2. L. 18. D. h. t. (§. 213.). [c] L. 32. §. 1. D. h. t. cf. L. 8. pr. eod. (§. 364.). [d] L. 8. §. 8. 9. D. h. t. (§. 268.). [e] L. 2. §. 5. eod. L. 10. §. 1. D. de in rem verso. 14. 3. L. 51. §. 1. D. de procurat. 3. 3. (§. 271.). cf. L. 23. 26. D. h. t. [f] L. 32. §. 2. D. de receptis. 4. 8.

Vortheil aus dem Rechtsgeschäft, als wenn er es selbst eingegangen wäre, zukommen soll[g], was man tacita intercessio zu nennen pflegt. Auf alle diese Fälle findet das genannte Gesetz Anwendung, wenn nämlich eine Frauensperson in solcher Weise eine Obligatio übernimmt, vertrauend, daß sie doch nicht aus ihrem Vermögen werde Zahlung zu leisten haben, nicht auch dann, wenn jenes mit dem Willen und in der entschiedenen Absicht geschah, auch die wirkliche Zahlung auf ihr Vermögen zu übernehmen[3].

Nicht unter das Gesetz fällt die Uebernahme von Schulden durch Antritt oder Kauf einer Erbschaft[h], das Versprechen der Schadloshaltung wegen Verpflichtungen, welche für Jemanden aus einer Handlung hervorgehen können, als wodurch nicht dessen Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber übernommen wird[i], die Tilgung einer fremden Schuld, ohne sie auf sich übernommen zu haben[k], Verzicht auf ein Recht, wenn gleich mit Rücksicht auf eine fremde Schuld[l], und die wirkliche Uebernahme einer Obligatio des Andern, die aber in der That (materiell) für die Uebernehmende nicht eine fremde ist[m]. Auch ist das Geschäft materiell nicht als Intercession zu betrachten, soweit der Intercedentin dadurch ein Vortheil zugegangen ist oder überhaupt nur ihr Vermögen durch die übernommene Verbindlichkeit und deren Erfüllung keine Verminderung erleidet[n].

Anm. [1] L. 2. §. 1. D. h.... Senatusconsulti verba haec sunt: *Quod Marcus Silanus et Velleius Tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet (Hal. oporteret), de ea re ita consuluerunt: quod ad fideiussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.* — Den Worten nach betrifft das Sc. nur die Fidejussio, den Hauptfall cumulativer Intercession, und die Aufnahme eines Darlehens für einen Andern, d. i. einen speciellen Fall privativer Intercession (vgl.

g L. 2. §. 1. L. 8. §. 14. L. 11. 12. 29. pr. D. h. t. L. 4. 19. Cod. h. t. h L. 32. pr. D. h. t. L. 13. pr. L. 19. §. 3. eod. i L. 8. §. 1. L. 19. §. 1. 2. D. eod. L. 6. §. 1. Cod. eod. cf. L. 19. §. 4. D. eod. L. 6. §. 2. Cod. eod. k L. 4. §. 1. L. 5. D. h. t. L. 1. 9. Cod. h. t. cf. L. 21. §. 1. D. eod. l L. 8. pr. D. h. t. L. 11. 21. Cod. eod. m L. 3. 13. pr. L. 22. 24. pr. 27. §. 2. D. eod. cf. L. 17. §. 2. eod. n L. 16. pr. L. 17. §. 2. L. 21. 22. D. h. t.

den §. unter 2. d.). Aber nach der Interpretation: Velleiano senatusconsulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminae intercederent (L. 1. pr. D. h. t.), und: Omnis omnino obligatio senatusconsulto Velleiano comprehenditur, sive verbis sive re sive quocunque alio contractu interesserint (L. 2. §. 4. eod.). Auch: in fraudem senatusconsulti ... excogitata ... rata haberi non oportet. L. 29. §. 1. D. eod.

[2] Ueber den Begriff und die Arten der Intercession: Sintenis in Linde's Ztschr. X. 2. Deurer im civ. Arch. XXVIII. 15.

[3] Vgl. „Über das Princip des Sc. Velleianum" Windscheid im civ. Arch. XXXII. 12. 13. Girtanner S. 535. fg. Eine andere Ansicht dagegen entwickelt Bachofen, ausgewählte Lehren des R. Civilrts, Bonn 1848. Abh. 1. „das Velleianische Senatusconsult, seine ursprüngliche Fassung und spätere Erweiterung." — Nach jenem Princip findet das Sc. z. B. nicht Anwendung, wenn die Frau contrahirt oder expromittirt, um dem Andern zu schenken oder eine Dos zu bestellen oder aus sonst einem Grunde demselben den Gegenstand des Contracts über die Befreiung von der Schuld auf ihre Kosten als Vermögensvortheil zuwenden. arg. L. 4. §. 1. L. 21. §. 1. L. 22. D. h. t. Aber nicht läßt sich dasselbe behaupten bei der Verbürgung ohne Regreßanspruch (fideiussio donandi animo), wodurch die Erwartung, daß der Hauptschuldner selbst zahlen werde, nicht ausgeschlossen ist. Girtanner S. 339. fg. Ob auch die a) als vermeintliche Schuldnerin delegirte oder b) als vermeintliche Gläubigerin delegirende Frau des Schutzes des Sc. genieße? Fuhr in Schäffer's Arch. II. 6. arg. a) L. 17. pr. L. 23. D. h. t. L. 19. D. de novat. 46. 2. cf. L. 8. §. 2. D. h. t. b) L. 8. §. 6. D. h. t. vgl. Windscheid a. a. O. S. 319. fg.

§. 360.

Die Intercession einer Frau gegen das Gesetz ist unwirksam kraft der exceptio senatusconsulti Velleiani[a]. Diese kann selbst noch der actio iudicati aus dem Interessionsgeschäft entgegengesetzt werden[b]. Sie hebt die Obligatio der Intercedentin auch als naturalis obligatio völlig auf[c], kommt daher immer auch den Bürgen der Intercedentin[d], und denjenigen, die für ihre Obligatio ein Pfand bestellt haben[e], zu statten. Auch steht sie demjenigen zu, der im Auftrag der Frau intercedirte[f]. Irrthümliche Zahlung der übernommenen Schuld begründet die condictio indebiti[g]. Ist der Intercedentin durch das Interessionsgeschäft eine Sache schon entzogen worden, so kann sie dieselbe vindiciren und die auf deren

[a] L. 25. §. 1. D. h. t. L. 20. Cod. h. t. [b] L. 11. D. ad Sc. Maced. 14. 6. L. 8. §. 9. L. 16. in f. D. h. t. [c] L. 16. §. 1. D. h. t. L. 14. Cod. h. t. cf. L. 8. §. 4. D. eod. [d] L. 2. D. quae res pign. 20. 3. [e] L. 6. 7. 30. §. 1. L. 32. §. 3. D. h. t. L. 15. Cod. eod. cf. L. 8. §. 4. 6. D. eod. [f] L. 40. D. de cond. indeb. §. 6. L. 8. §. 3. D. h. t. L. 9. Cod. h. t. cf. L. 8. §. 10. D. eod.

Uebertragung gegründete Einrede durch replicatio senatusconsulti Velleiani [1] entkräften [h].

Dem Gläubiger werden die Klagen, die er durch die ungültige (privative) Interceſſion verloren hat, wiedergegeben als restitutoriae oder rescissoriae actiones [i]; im Fall der ſogenannten tacita intercessio (§. 359. 2. d.) wird ihm als utilis oder ſog. institutoria actio [2] die Klage beigelegt, welche er ohne die Interceſſion der Frau durch Selbſtvornahme des fraglichen Geſchäfts erhalten hätte [k].

Anm. [1] L. 32. §. 2. D. h. t. Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit ea conditione, ut emtor acceptam pecuniam viro referret, et hunc fundum vindicat, exceptio quidem opponitur ei de re emta et tradita, sed replicabitur a muliere: *aut si ea venditio contra senatusconsultum factum sit.* Et hoc procedit, sive ipse creditor emerit, sive interposuerit alium, quo mulier ea ratione careat re sua. Ueber die Auslegung dieſer Stelle ſ. Sintenis a. a. O. S. 51. und Windſcheid a. a. O. S. 291. fg. vgl. mit deſſen Diss. inaug. de valida mulierum intercessione. Bonn. 1838. pag. 6.

[2] Ueber die Entſtehung dieſer Benennung vgl. L. 8. §. 14. D. h. t. Si quum essem tibi contracturus, mulier intervenerit, ut cum ipsa potius contraham, videtur intercessisse, quo casu datur in te actio, quae instituit magis quam restituit obligationem, ut perinde obligeris eodem genere obligationis, quo mulier est obligata.

§. 361.

In folgenden Fällen tritt die Regel des Sc. Velleianum außer Wirkung: 1) wenn die Frau, damit ſie intercedire, etwas empfangen hat [a], 2) wenn ſie bezüglich der Interceſſion den Gläubiger betrügeriſch getäuſcht hat [b], oder 3) der letzte in entſchuldbarem Irrthum befangen nicht wußte, daß die Frau intercedire [c], 4) wenn derſelbe minderjährig und der Hauptſchuldner zahlungsunfähig iſt [d], 5) wenn die Interceſſion für Beſtellung einer Dos geſchehen [e], 6) wenn die Intercedentin nach Ablauf von zwei Jahren die Interceſſion wiederholt hat [f], 7) wenn die Intercedentin der

[h] L. 32. §. 1. 2. D. h. t. L. 39. §. 1. L. 40. D. de rei vind. 6. 1. [i] L. 1. §. 2. L. 8. §. 7...13. L. 9. 13. §. 2. L. 14. D. h. t. L. 16. Cod. h. t. cf. L. 10. D. eod. [k] L. 8. §. 14. 15 D. h. t.

[a] L. 23. pr. §. 1. Cod. h. t. [b] L. 2. §. 3. L. 30. pr. D. h. t. L. 5. 18. Cod. eod. [c] L. 4. pr. 6 11. 12. 27. pr. 28. §. 1. D. h. t. [d] L. 12. D. de minor. [e] L. 12. 25. Cod. h. t. cf. L. 24. eod. [f] L. 22. Cod. h. t. Nov. 61. cap. 1. §. 1 in f.

Rechtswohlthat des Velleianischen Senatsbeschlusses, nachdem sie über die Folgen des Verzichts durch einen Rechtskundigen belehrt worden, oder auch ohnedies unter eidlicher Bestärkung entsagt oder die Intercession selbst eidlich bestärkt hat, endlich 8) wenn eine Frau, die ein öffentliches Gewerbe treibt, namentlich eine Handelsfrau, in einem mit diesem Gewerbgeschäft in Verbindung stehenden Falle intercedirt.

Anm. Ueber diese Ausnahmen vgl. überhaupt Windscheid diss. inaug. cit. (§. 360. Anm. 1.) und im civ. Arch. XXXII. S. 313. fg. Bang. III. §. 581. Anm. 1. Insbesondere:

1) Die Ausnahme unter 1) wird nicht als eigentliche Ausnahme angesehen, sondern schon aus dem Princip des Sc. gefolgert von Windscheid a. a. O. S. 299. fg. Girtanner S. 336., ohne hinreichenden Grund.

2) Bezüglich der Ausnahme unter 2) fragt sich, ob sie schon eintrete, wenn die Frau mit Kenntniß der gesetzlichen Unverbindlichkeit ihrer Handlung intercedirte? L. 30. pr. h. t. Si decipiendi animo vel quum sciret, se non oneri, mulier pro aliquo intercesserit, exceptio senatusconsulti ei non datur; actionem enim, quae in dolum mulieris competit, amplissimus ordo non excludit. Aber der letzte Satz beweist, daß jenes Wissen die exceptio nur ausschließt, sofern deshalb ein dolus mulieris vorliegt, was nicht nothwendig der Fall ist. Die richtige Erklärung, wornach die Stelle von absichtlicher Täuschung und doloser Nicht-Enttäuschung des Gläubigers zu verstehen ist, gibt Windscheid S. 317.; vgl. auch Bachofen a. a. O. S. 43.

3) Die Möglichkeit wirksamer Verzichtleistung auf das beneficium Sct. Velleiani (im §. unter 7.) ist im R. R. ausdrücklich anerkannt bei der Mutter und Großmutter, welche die Vormundschaft über Kind oder Enkel übernehmen: L. 3. Cod. quando mulier. 5. 35. nov. 118. cap. 5., und für den Fall, daß eine Frau als Beklagte den Proceß für denjenigen übernehmen will, für welchen sie intercedirte: L. 32. §. 4. D. h. t. Hiernach ist denn überhaupt, obwohl theoretisch häufig bestritten, in der Praxis, sowohl im byzantinischen Reiche als im Abendlande, von jeher die Wirksamkeit des Verzichts, und zwar auch des gleich bei der Eingehung des Intercessionsgeschäfts erklärten Verzichts, jedoch unter der im §. angegebenen Voraussetzung, als Regel angenommen worden. Girtanner S. 262. fg. 364. fg. Daß die Vorschützung der erworbenen Exceptio von dem Belieben der Beklagten abhängt, versteht sich ohnehin. arg. L. 31. 34. §. 2. C. h. t. Sintenis in Sell's Jahrb. II. S. 347. fg. — Die Wirksamkeit des mündlichen Verzichts ergibt sich aus den Grundsätzen des canonischen Rechts (c. 240.).

4) Die Ausnahme unter 8) beruht auf heutigem Gewohnheitsrechte, geht aber nicht so weit, daß für Handelsfrauen das Sc. Vell. überall gar nicht gelte. Böl Handelsrecht §. 50. Girtanner S. 351.

§. 362.

B. Besondere Form für Interceſſionen der Frauen.

Juſtinian hat dem Recht des Velleianiſchen Senatsbeſchluſſes die Vorſchrift hinzugefügt, daß zu jeder Interceſſion einer Frau eine öffentliche von drei Zeugen unterſchriebene Urkunde erforderlich ſeyn ſolle [a], welche Vorſchrift jedoch nach heutigem Gebrauche ſo angewendet wird, daß nur entweder eine öffentliche oder eine von drei Zeugen unterſchriebene Urkunde (instrumentum publicum oder quasi publicum) nothwendig iſt. Ohne dieſe Form iſt die Interceſſion ſchlechthin nichtig; iſt ſie beobachtet, ſo kommen dann noch erſt die Vorſchriften jenes Geſetzes (§. 360. 361.) zur Anwendung. Indeſſen machen auch in Beziehung auf dieſe Formvorſchrift eine Ausnahme: 1) nach dem Inhalt und Geiſt des betreffenden Geſetzes ſelbſt [b] die Fälle in §. 361. unter 1...3.; 2) nach der Anſicht anderer, theils ſpäterer, theils gleichzeitiger Geſetze die Interceſſion für die Dos [c] und die Interceſſionen der Mutter und Großmutter nach gerichtlich erklärtem Verzicht auf die weiblichen Rechtswohlthaten [d]; 3) nach canoniſchem Recht die eidlich beſtärkte Interceſſion [e], und 4) nach Gewohnheitsrecht die Interceſſion der Handelsfrauen [f].

Anm. Die Auslegung der L. 23. Cod. h. t., insbeſondere ihr Verhältniß zu den Ausnahmefällen des §. 361., iſt noch immer ſehr ſtreitig. S. Bang. III. §. 581. Anm. 2. Girtanner S. 351. fg.

§. 363.

C. Beſchränkung der Interceſſion der Ehefrauen.

Nach einer andern Verordnung Juſtinians ſoll die Interceſſion einer Ehefrau für ihren Ehemann, in welcher Form ſie auch beurkundet werde, ſchlechthin nichtig ſeyn, und wenn ſich auch die Frau mit dem Manne als Schuldnerin in einer Urkunde verpflichtet hat, ſo ſoll ſie doch der Gläubiger immer nur ſo weit in Anſpruch nehmen können, als er beweiſt, daß der Gegenſtand des Schuldgeſchäfts auch wirklich ihr zu Gute gekommen ſey. Die heutige Praxis erkennt indeſſen auch hier den Verzicht der Frau auf den Schutz

[a] L. 23. §. 2. Cod. h. t. [b] L. 23. pr. §. 2. Cod. h. t. cf. L. 11. D. h. t. [c] L. 25. Cod. h. t. [d] nov. 118. cap. 5. L. 3. Cod. quando mulier. 5. 35. [e] §. 361. Anm. 3. a. E. [f] §. 361. Anm. 4.

dieſes Geſetzes als wirkſam an, wenn derſelbe nach vorgängiger Rechtsbelehrung in Abweſenheit des Ehemanns erklärt, oder wenigſtens, wenn er eidlich beſtärkt worden iſt.

Anm. Das betreffende Geſetz, nov. 134. cap. 8., ſagt nach der Vulg.: Et illud vero praevidimus pro subiectorum utilitate corrigere, ut si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro aut scribat et propriam substantiam aut se ipsam obligatam faciat, iubemus, nullatenus huiusmodi valere aut tenere, sive semel sive multoties huiusmodi aliquid pro ea re fiat, sive privatum sive publicum sit debitum, sed ita esse ac si neque scriptum esset, nisi manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt. Daraus iſt entnommen die Auth. *si qua mulier* etc. ad L. 22. Cod. h. t. 4. 29., die in der Praxis gewöhnlich als Quelle obigen Rechtſatzes genannt wird. Ueber die ſtreitige Auslegung des Geſetzes vgl. Bang. a. a. O. Anm. 3. Girtanner S. 358. fg. Buſch im civ. Arch. XXXI. S. 25. fg. — Die Beſtimmungen des R. Rts über Interceſſion der Frauen (§. 359...363.) ſind übrigens im Ganzen von ſehr problematiſchem Werthe, und hat ſich die neuere Geſetzgebung nicht ohne Grund mehr oder weniger davon abgewendet. Oeſterreich. Geſetzb. §. 1349. „Fremde Verbindlichkeiten kann ohne Unterſchied des Geſchlechts Jedermann auf ſich nehmen, dem die freie Verwaltung ſeines Vermögens zuſteht"; vgl. Preuß. Landrt. I. 14. §. 221...226. — Girtanner S. 551. fg.

Viertes Capitel.

Von Sicherung der Forderungen durch Pfandrecht [1].

I. Weſen des Pfandrechts im Allgemeinen [a].

§. 364.

A. Begriff.

Die Gewähr für die Verwirklichung einer Forderung liegt vorzüglich in dem Vermögen des Schuldners. Durch Bürgſchaft wird dieſe Gewähr auch auf das Vermögen des Bürgen ausgedehnt. Aber durch die Unzulänglichkeit und Wandelbarkeit des Vermögens beider kann immer noch die Forderung gefährdet werden (§. 226.). Dagegen wird dem Gläubiger eine Sicherheit anderer Art geboten,

[a] Dig. de pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum. 20. 1. Cod. de pignoribus et hypothecis. 8. 14. cf. X. de pignoribus et aliis cautionibus. 3. 21.

wenn die Haftung für die Forderung auf eine Sache dergestalt übertragen wird, daß er in dieser ein Mittel hat, seine Befriedigung zu bewirken. So entsteht das Pfandrecht. Es ist das Recht eines Gläubigers, eine Sache, ohne Rücksicht darauf, ob sie im Vermögen des persönlich Verpflichteten sich befinde oder nicht [b], als durch ihren Werth ihm haftend für die Befriedigung seiner Forderung in Anspruch zu nehmen [c], nöthigenfalls durch deren Veräußerung sich diese Befriedigung wirklich zu verschaffen [d]. Es ist ein Recht an der Sache [e]; gegen diese unmittelbar ist es gerichtet und gegen jeden Inhaber derselben verfolgbar. Aber es unterscheidet sich wesentlich von andern dinglichen Rechten vorerst dadurch, daß es ein accessorisches Recht einer Forderung ist, zu deren Sicherung es dient (§. 366.), sodann dadurch, daß es durch sein Bestehen an sich nicht den Inhalt des Eigenthums einschränkt oder mindert, selbst das Veräußerungsrecht dem Eigenthümer nicht benimmt [f], aber dem Gläubiger die Möglichkeit gibt, das Eigenthum zu dem angegebenen Zweck dem Eigenthümer zu entziehen. Die Verpfändung der Sache ist gleichsam eine accessorische Verpflichtung derselben, eine sachliche Bürgschaft (§. 359.) für die Bezahlung einer Schuldforderung [2].

Analog den körperlichen Sachen, d. i. dem Eigenthum derselben, können indessen auch andere Vermögensgegenstände, unkörperliche Sachen oder Rechte, als Mittel dienen, Befriedigung einer Forderung zu erhalten; selbst auf Forderungen ist der Begriff des Pfandrechts angewendet worden (§. 367.). Es versteht sich von selbst, daß das Pfandrecht in dieser Ausdehnung nicht immer ein dingliches Recht seyn könne.

Anm. [1] Bearbeitungen dieser Lehre sind u. a.: Hug. Donelli tract. de pignoribus et hypothecis, als Anhang zu dessen comment. iur. civ. ed. Bucher, vol. XV. pag. 429...556.; vgl. desselben comment. ad Cod. lib. VIII. — Gesterding, die Lehre vom Pfandrecht nach Grundsätzen des R. R. Greifswalde 1816. 1831. — Sintenis Hdb. d. gemeinen Pfandrechts. Halle 1836. — Heimbach, Art. Pfandrecht, im Rtslex. VIII. S. 1...77. — Bachofen, das röm. Pfandrecht. Bd. 1. Basel 1849. rec. von Keller in d. krit. Jahrb. XI. S. 961...1022.

[b] L. 18. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. L. 1. §. 2. D. h. t. L. 44. §. 5. D. de usucap. 41. 3. [c] L. 16. §. 3. D. h. t. 20. 1. cf. §. 378. [d] L. 4. 5. D. de pign. act. 13. 7. cf. §. 375. [e] L. 19. pr. D. de damni inf. 39. 2. L. 30. D. de noxal. act. 9. 4. cf. §. 126. Anm. 1. [f] L. 15. Cod. h. t. 8. 14. L. 12. Cod. de distract. pign. 8. 28. cf. §. 132.

[2] Eine gewiſſe Verwandtſchaft des Pfandrechts mit den Obligationen gibt ſich ſchon ſprachlich kund in der gewöhnlichen Bezeichnung der Verpfändung durch obligatio rei, rem obligare u. ſ. w. Dieſe wird auch geradezu gegenübergeſtellt der perſönlichen Verpflichtung: L. 11. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. „pignoris quidem obligationem praediorum Seiam ... remisisse videri, obligationem autem personalem perseverasse“; und nyt dieſer unter der gemeinſchaftlichen Benennung obligationes begriffen, L. 5. §. 2. D. l. c. vgl. §. 201. Anm. 3. Mit großem Eifer iſt dieſe Eigenthümlichkeit des Pfandrechts geltend gemacht von Büchel, Erörter. I. 2. Es iſt aber nicht zu billigen, wenn man daraus eine wahre Obligatio (ein ſog. dingliches Forderungsrecht) macht, wobei die Sache (Büchel a. a. O.) oder der jedesmalige Beſitzer Schuldner ſei, (Sintenis a. a. O.). Vgl. dagegen Puchta §. 193. Lang im civ. Arch. XXVIII. 14. — Andere haben nun verſucht, von den Pfandklagen ausgehend, das Weſen des Pfandrechts im römiſchen Sinn zu entwickeln. Rudorff in der Ztſchr. für geſch. Rtsw. XIII. 4. und Bachofen a. a. O. So verdienſtlich und lehrreich dieſe Verſuche für die geſchichtliche Erkenntniß und Interpretation der Quellen ſind, ſo darf doch auch nicht durch einſeitige Behauptung dieſes Standpunkts das Recht materiell dogmatiſcher Auffaſſung des ausgebildeten Inſtituts verkümmert werden.

§. 365.

B. Arten des Pfandrechts.

Dem Gläubiger kann der Beſitz des Gegenſtandes eingeräumt ſeyn, der ihm zur Sicherung ſeiner Forderung als Pfand dienen ſoll, ſey es (abgeleiteter) juriſtiſcher Beſitz, wodurch er dann auch die Beſitzklagen erhält (§. 135.), oder bloße Detention mit dem Recht der Verwahrung (§. 93. not. l. m.). Das Pfand heißt in dieſem Falle pignus im engern Sinne, heutzutage Fauſtpfand. Das Pfandrecht ohne Beſitzübertragung heißt dagegen insbeſondere hypotheca [1]). Beide Arten des Pfandrechts ſind ſowohl an beweglichen als unbeweglichen (körperlichen) Sachen möglich [2], die erſte aber natürlich nicht in Anwendung auf ſolche Rechte, an welchen kein Beſitz ſtattfindet. In dem, was das Weſen des Pfandrechts ausmacht, treffen beide, Pignus und Hypothek, zuſammen, und wird meiſtens auch die letzte unter dem erſten Ausdruck mitverſtanden.

Andere Eintheilungen der Pfandrechte ergeben ſich noch aus andern Rückſichten (§. 370...373. 384...386.).

Anm. [1] L. 9. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit; hypothecam, cum non transit nec possessio

ad creditorem. cf. §. 7. J. de act. 4. 6. L. 238. §. 1. D. de V. S. (Gai. ad XII. tabb.). Pignus appellatum a pugno (?), quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. Dagegen L. 5. §. 1. D. de pign. 20. 1. Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt. cf. §. 7. J. cit. Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest. — Im ältern Recht gab es noch eine Art der Verpfändung mittels Uebertragung des Eigenthums (durch mancipatio oder in iure cessio) unter Verabredung der Rückübertragung nach Tilgung der Schuld: fiducia. Pauli sentt. II. 13. Gai. II. 60. Diese Form ist, wie mancipatio und in iure cessio, nicht ins Justinianische Recht übergegangen; sie war durch Ausbildung der andern ihrem Zweck sogar besser entsprechenden Verpfändungsarten völlig entbehrlich geworden. In L. 9. §. 2. cit. ist wahrscheinlich eine Beziehung darauf ausgemerzt. Möglich ist zwar auch jetzt noch Uebertragung des Eigenthums an den Gläubiger, unter jener Verabredung; dies würde aber jetzt nichts anders seyn, als ein unbenannter Contract (§. 235.).

[3] Anders verhält es sich nach heutigen Rechten, mit Rücksicht auf das Institut der Hypothekenbücher. Das Nähere darüber gehört aber nicht in das Pandectenrecht.

C. Voraussetzungen des Pfandrechts.

§. 366.

1) Eine Schuldforderung.

Zur Entstehung eines Pfandrechts wird seinem Begriffe gemäß (§. 364.) vorerst vorausgesetzt eine Forderung desjenigen, welchem das Pfandrecht zustehen soll [a], wenn sie auch nur als naturalis obligatio wirksam ist [b]. Doch kann wohl für eine bedingte oder künftige Schuld schon im voraus ein Pfand bestellt werden [c], wie sich ein Bürge im voraus verpflichten kann; aber das Pfandrecht ist alsdann bedingt durch die wirkliche Entstehung der Forderung [d].

Anm. Man hat behauptet, die Verpfändung für eine klaglose Obligatio könne nur ein Retentionsrecht, nicht die Pfandklage geben; ohne Grund: cf. L. 13. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. Doch kann der Pfandklage wohl dieselbe Einrede entgegenstehen, welche die persönliche Klage unwirksam macht, aus gleicher Rücksicht, wie nach §. 357. Anm. 3. der Klage gegen den Bürgen. L. 2. D. quae res pign. 20. 3. cf. L. 9. §. 3. D. de Sc. Maced. 14. 6. Vgl. Büchel, über Verpfändung für nicht vollgültige Obligationen, in dessen Erörtr. II. 1. Bang. §. 364.

[a] L. 1. 2. Cod. si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit. 8. 35. cf. L. 33. D. h. t. 20. 1. [b] L. 5. pr. D. l. c. L. 101. §. 1. D. de solut. 46. 3 cf. L. 32. §. 1. D. ad Sc. Vell. 16. 1. [c] L. 5. pr. D. cit. [d] L. 13. §. 5. D. eod.

§. 367.

2) Ein Gegenstand der Verpfändung [a].

Regel ist: Was einen Verkaufswerth hat und den Verkauf zuläßt, kann auch Gegenstand der Verpfändung seyn [1]; also 1) vor allem Sachen, körperliche Sachen, die in commercio sind [b], d. i. das Eigenthum derselben, mit seinen Beschränkungen, also z. B. auch als nuda proprietas [c]; auch ein intellectueller Theil [d], und andererseits eine Sachgesammtheit als Ganzes [e], auch schon im voraus zukünftige Sachen [f]; 2) dingliche Nutzungsrechte an einer fremden Sache [2] und zwar nicht nur als bestehende Rechte, von Seiten des Berechtigten, soweit sie übertragbar sind, also Emphyteuse und Superficies schlechthin [g], Ususfructus der Ausübung nach [h], sondern auch als erst zu errichtende, von Seiten des Eigenthümers der Sache [i]; 3) Forderungen, nomina, sofern sie nämlich cedirt werden können [k], wobei zugleich ein Faustpfand an der Schuldurkunde eingeräumt werden kann [l]. Mit der Forderung oder auch für sich ohne diese kann denn auch 4) ein Pfandrecht selbst weiter verpfändet werden; der Gläubiger kann, wie es auch ausgedrückt wird [3], den ihm verpfändeten Gegenstand weiter einem Dritten verpfänden [m], wodurch ein sog. Afterpfandrecht, Subpignus, entsteht.

Diese Gegenstände können nun auch nicht bloß einzeln, sondern auch generell, d. i. zusammengefaßt unter einem mehr oder minder umfassenden Collectivbegriff verpfändet werden [n], und so kann denn insbesondere auch das ganze Vermögen einer Person, sogar zukünftiges wie gegenwärtiges, Gegenstand der Verpfändung seyn [o], auf welchen Fall vorzugsweise die Benennung „Generalhypothek oder allgemeines Pfandrecht" bezogen wird [4].

Anm. [1] L. 9. §. 1. D. de pignor. Quod emtionem venditionem recipit, etiam pignorationem recipere potest.

[a] Dig. quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt. 20. 3. Cod. quae res pignori obligari possunt vel non et qualiter pignus contrahatur. 8. 17. L. 3. 6. Cod. l. c. L. 1. §. 2. D. l. c. [c] L 18. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. L. 7. §. 4. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. L. 3. §. 2. D. qui pot. 20. 4. [d] L. 13. pr. L. 34. pr. D. de pign. 20. 1. [f] L. 15. pr. eod. [g] L. 13. §. 3. eod. L. 15. pr. qui pot. 20. 4. L. 16. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. [h] L. 11. §. 2. D. de pign. 20. 1. L. 8. pr. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. cf. L. 49. D. de usur. 22. 1. [i] L. 11. 2. L. 12. D. de pign. 20. 1. [k] L. 4. Cod. h. t. 8. 17. L. 7. Cod. de her. v. act. end. 4. 39. [l] L. 20. D. de pign. cf. L. 44. §. 5. D. de legat. I. [m] Cod. si ignus pignori datum sit. 8. 24. [n] L. 11. §. 2. D. qui pot. 20. 4. L. 17. Cod. de istract. pign. 8. 28. [o] L. 6. 15. §. 1. D. de pignor. L. 9. Cod. h. t. 8. 17.

[2] Ueber die Verpfändung der iura in re aliena vgl. vorzüglich Büchel Erörter. I. 3. von der Pfordten im civ. Arch. XXII. S. 25. fg. Lang daſ. XXIX. 10. Schmid in Linde's Ztſchr. n. F. V. 8. — Insbeſondere bemerke man:

a) Am einfachſten ſtellt ſich nach Analogie der Verpfändung von Sachen die Verpfändung einer beſtehenden Emphyteuſe oder Superficies dar (not. g.). Auf die letzte bezieht ſich wohl auch L. 1. §. 6. D. de superfic. 43. 18. Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, *petitori quoque in superficiem dari* et quasi usumfructum sive usum quendam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est: worin nehmlich Huſchke mit Geſchick emendirt: *pignori quoque insuper superficiem dari* etc. Daß aber jene Rechte auch vom Eigenthümer als erſt zu errichtende verpfändet werden können, unterliegt keinem Zweifel, da auch

b) die Möglichkeit der pfandweiſen Beſtellung oder der Verpfändung eines erſt zu beſtellenden Uſusfructus von Seiten des Eigenthümers, gleich wie bei eines beſtehenden Uſusfructus von Seiten des Uſufructuars, deutlich anerkannt iſt in L. 11. §. 2. D. 20. 1. Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet? Et scribit Papinianus lib. 11. respons., tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere, *non esse ei ius uti frui invito se*, tali exceptione eum praetor tuebitur: *si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit.* Nam et cum emtorem ususfructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori obiicietur exceptio. cf. L. 15. pr. D. eod. Es unterliegt keinem Bedenken, das erſte, wenngleich nicht das zweite, auch auf den Uſus anzuwenden, da in jenem Fall nicht der Gläubiger ſelbſt der Uſufructuar wird, dieſes wenigſtens nicht nothwendig iſt. Vang. §. 367. a. E.

c) Gleiches gilt von pfandweiſer Einräumung der iura praediorum rusticorum nach L. 12. eod. Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat? videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, *ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur*, scilicet si vicinum fundum habeat, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. Darin liegt allerdings eine Abweichung von dem ſtrengen Princip der Unübertragbarkeit der Grunddienſtbarkeiten. Puchta §. 178. Gegen die Meinung, daß hiernach nur Pignus, nicht Hypothek (wobei die Abweichung geringer iſt, als bei jenem), und nur bezüglich der vier genannten Servituten zuläſſig ſey (Schmid a. a. O. Elvers Servitutenlehre §. 41.), ſodann, daß der Verkauf durch den Gläubiger dem Käufer nicht das dingliche Recht der Servitut, ſondern nur quasi possessio derſelben gewährte (Rudorff in d. krit. Jahrb. VIII. S. 325.), vgl. Vang. §. 367. II. 1. Mit Unrecht beruft ſich Rudorff zu Puchta §. 178. darauf, daß vendere servitutem nicht Rechtsübertragung, ſondern nur Gewähr des uti licere bedeute (ſollte heißen: dazu verpflichte). Allerdings konnte nach älterem Recht der Pfandgläubiger dem Käufer ohne in iure cessio des Eigenthümers ſowenig die civilrechtliche Servitut,

wie ohne mancipatio oder in iure cessio das quiritische Eigenthum der verpfändeten res mancipi gewähren, sondern dort nur eine servitus tuitione praetoria, wie hier bonitarisches Eigenthum; aber so gewiß der Pfandverkauf der res nec mancipi nach altem Recht, jeder Sache nach neuerem Recht, dem Käufer durch hinzukommende Tradition volles Eigenthum gibt, so gewiß muß ihm nun auch in obigem Falle das volle Recht der Servitut zugesprochen werden.

d) Dagegen L. 11. §. 3. D. eod.: Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint. Von Verpfändung durch den Servitutberechtigten versteht dies u. a. von der Pforbten u. a. O. S. 24 fg. Dagegen mit den Meisten Bang. §. 367. II. 2. Wahrscheinlicher erklärt man den Satz vom Standpunkte des ältern Besitzpfandes dadurch, daß es für servitutes urbanae keine besondere Interdicte gab (§. 192. Anm. 4.), Rudorff in der Ztschr. XIII. S. 186. Bachofen a. a. O. S. 79. Nach den Grundsätzen des neuern Pfandrechts mit Verkaufsrecht ist der Satz vollends inconsequent, wenn Servituten durch bloßen Vertrag, ohne quasi traditio, eingeräumt werden können (§. 188.).

[3] Man streitet dagegen, daß die Afterverpfändung eine Verpfändung des Pfandrechts sey. Büchel a. a. O. S. 103. fg. Huschke in Linde's Ztschr. XX. S. 221. fg. Dies ist eben so unfruchtbar und eben so ungegründet, wie der Streit, ob die Verpfändung der Emphyteuse und Superficies eine Verpfändung dieser Rechte oder ihres Gegenstandes sey? (Büchel a. a. O. S. 121. fg.). Vgl. Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 285. fg.

[4] L. 9. Cod. h. t. (Justinianus). Si quis in cuiuscunque contractus instrumento posuerit: *fide et periculo rerum ad me pertinentium*, vel: *per earum exactionem satisfieri tibi promitto:* sufficere ea verba ad rerum eam earum, quas in praesenti debitor habet, quam futurarum hypothecam sancimus, nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypothecae memoriam videri.... Super qua generali hypotheca illud quoque ... sancimus, ut, si res suas supponere debitor dixerit, non adiecto: *eam praesentes quam futuras*, ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur. cf. L. 2. Cod. de pignor. 8. 14. — Der Gegensatz zwischen genereller und specieller Verpfändung kann aber auch bloß relativ genommen werden (not. n.). — Bang. §. 369. Puchta §. 195. not. h. „Man hat einen sehr unnützen und nothwendig erfolglosen Streit über die Bestimmung der Begriffe generelles und specielles Pfandrecht geführt; diese Begriffe existiren gar nicht. Was aber wirklich existirt: generelle und specielle Verpfändung, über dessen Begriffbestimmung kann kein Streit seyn."

D. Umfang des Pfandrechts.

§. 368.

1) Bezüglich des Gegenstandes.

Das Pfandrecht an einer bestimmten Sache erstreckt sich von selbst auch auf die zu derselben hinzukommenden Erweiterungen, die

als Acceſſionen dem Rechte derſelben folgen, z. B. Alluvion [a], Bauten [b]. So ergreift auch die Verpfändung der nuda proprietas den damit ſich wieder vereinigenden Uſusfructus [c]. Die Erzeugniſſe der Sache insbeſondere können als zukünftige Sachen nicht nur namentlich verpfändet werden [d], ſondern werden auch ohnedies von der Verpfändung der Hauptſache ergriffen [1], ſofern nicht das Eigenthum derſelben durch ihre Trennung von der Hauptſache einem Andern als dem Verpfänder oder deſſen Erben erworben wird [e].

Die Verpfändung einer Sachgeſammtheit, z. B. einer Heerde, erſtreckt ſich auch auf die ſpäter in dieſelbe fallenden Stücke [f], ergreift übrigens der Regel nach [2] die darin begriffenen einzelnen Sachen ebenſo, als wenn ſie ſpeciell verpfändet wären [g].

Ebenſo wirkt auch eine jede generelle Verpfändung, insbeſondere die eines ganzen Vermögens, bezüglich aller von Anfang darunter begriffenen oder ſpäter darunter fallenden Gegenſtände, ſo als wenn dieſe ſpeciell verpfändet wären [h], ſo daß ſie mit dem Pfandrecht beſtrickt bleiben, wenn ſie auch nachher durch Veräußerung wieder ausgeſchieden werden [i]. Indeſſen werden bei Verpfändung des ganzen Vermögens gewiſſe Gegenſtände ſtillſchweigend ausgenommen [k].

Anm. [1] A. M. ſind manche wegen Pauli sentt. II. 5. §. 2. Fetus vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit. Puchta §. 203. not. f. (zum Theil auch Bachofen I. S. 154.). Vgl. dagegen und über die umfangreiche Literatur dieſer Streitfrage Bang. §. 370. — Eine andere Frage iſt, wiefern die Pfandklage wegen der Hauptſache auch auf Erzeugniſſe als causa rei ſich erſtrecke: L. 16. §. 4. D. de pignor. (§. 378.). Bang. a. a. O. unter II.

[2] Einen beſondern Fall beſpricht L. 34. pr. D. de pignor. 20. 1. Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eos merces per tempora distraxerit et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia

[a] L. 16. pr. D. de pignor. 20. 1. [b] L. 29. §. 2. eod. L. 21. D. de pign. act. 13. 7. [c] L. 18. §. 1. D. eod. [d] L. 15. pr. D. de pignor. cf. L. 11. §. 3. D. qui pot. 20. 4. [e] L. 1. §. 2. L. 26. §. 2. L. 29. §. 1. D. de pignor. L. 3. Cod. in quib. caus. pign. 8. 15. L. 1. Cod. de partu pignoris. 8. 25. cf. L. 18. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. L. 1. pr. D. de Salv. interd. 43. 31. [f] L. 13. pr. D. de pignor. [g] arg. L. 11. §. 2. D. qui pot. 20. 4. L. 32. D. de pign. [h] L. 15. §. 1. D. de pignor. 20. 1 not. g. [i] L. 8. §. 5. Cod. de secund. nupt. 5. 9. L. 47. pr. D. de iure fisci. 49. 14. L. 1. Cod. de conv. fisci debitor. 10. 2. L. 17. Cod. de distr. pign. 8. 27. cf. L. 2. 3. Cod. de servo pign. dato. 7. 8. L. 6. 9. D. in quib. caus. pign. 20. 2. [k] L. 6. 9 pr. D. de pignor. cf. L. 1. Cod. quae res pign. 8. 17.

quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, num et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? Respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. Mit Unrecht hat man daraus eine allgemeine Regel machen wollen. Vgl. §. 48. Anm. 4. Puchta §. 203. not. d. Bang. §. 360. Anm. 3.

§. 369.

2) Bezüglich der Forderung.

Das ganze Pfand haftet ungetheilt für die ganze Forderung und für jeden Theil derselben [a]; pignoris causa indivisa est; und so bleiben auch mehrere für dieselbe Schuld verpfändete Sachen alle verhaftet, bis die ganze Schuld getilgt ist [b].

Auch haftet das Pfand nicht bloß für die Hauptforderung, für welche es bestellt ist, sondern auch, gleich dem Bürgen, für deren Zuwachs, für alles nämlich, was mit dem aus der Forderung entspringenden Rechtsmittel gefordert werden kann, namentlich Verzugszinsen [c], und so auch für Proceßkosten, sodann auch wegen Ersatz der auf das Pfand gemachten angemessenen Verwendungen [d]. Für vertragsmäßige Zinsen, wie für eine verabredete Strafe (§. 211.), haftet das Pfand nur, sofern die Verpfändung auch darauf sich erstreckte [e]; dies ist aber im Zweifel anzunehmen, wenn nur der Verpfänder mit Kenntniß der Zinsverbindlichkeit das Pfand für die Hauptforderung bestellt hat [f].

II. Erwerb des Pfandrechts.

§. 370.

Ein Pfandrecht kann entstehen entweder durch eine Willenshandlung desjenigen (oder seines Stellvertreters), dem der Gegenstand gehört, d. i. durch Privatdisposition, sog. pignus voluntarium (§. 371.), oder unabhängig vom Privatwillen, sog. pignus necessarium, und zwar durch richterliche Verfügung (§. 372.) oder unmittelbar kraft eines Rechtsatzes (§. 373.). Es kann aber

[a] L. 6. Cod. de distr. pign. 8. 28. L. 1. Cod. si unus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit. 8. 34. cf. L. 29. D. am. erc. 10. 2. [b] L. 19. D. de pignor. 20. 1. L. 2. Cod. l. c. [c] L. 8. §. 5. D. de pign. act. 13. 7. [d] L. 8. §. 5. cit. L. 6. Cod. de pignor. 8. 14. [e] L. 13. §. 6. D. de pignor. L. 11. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. [f] L. 18. D. qui pot. 20. 4. cf. L. 22. Cod. de usur. 4. 32.

auch ein entstandenes Pfandrecht in gewisser Weise auf einen andern übertragen werden, oder eine sog. hypothekarische Succession stattfinden (§. 374.). Daher:

A. Entstehung eines Pfandrechts.

§. 371.

1) Durch Privatdisposition.

Durch Privatbestimmung kann ein Pfandrecht eingeräumt werden entweder in einer letztwilligen Verfügung, nach den Regeln der Vermächtnisse, sog. pignus testamentarium [a], oder mittels Uebereinkunft, sog. pignus conventionale, wozu es irgend einer besondern Form der Willenserklärung nicht bedarf [b]. Regelmäßiges Erforderniß aber ist, daß der Gegenstand der Verpfändung (Sache oder Recht) sich im Vermögen des Verpfänders befinde [c], und dieser die Veräußerungsbefugniß habe [d]. Demnach kann regelmäßig nur der Eigenthümer eine Sache gültig verpfänden [e]; der Miteigenthümer nur seinen Antheil [f]. Jedoch ist 1) das Pfandrecht, welches der redliche Besitzer einer Sache einräumt, in demselben Umfange wirksam, in welchem diesem die Publiciana in rem actio zusteht [g]. 2) Die Verpfändung einer fremden Sache ist gültig, wenn sie mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Eigenthümers geschieht [h] oder von diesem genehmigt wird [i]. 3) Die Verpfändung kann gültig schon im voraus, wie an zukünftigen Sachen [k], so auch überhaupt für den Fall geschehen, daß der Verpfänder die Sache künftig erwerbe [l], und dieß versteht sich von selbst bei Verpfändung des ganzen Vermögens, rücksichtlich der spätern Erwerbungen [m], so wie auch bei Verpfändung einer fremden Sache, auf die der Verpfänder ein Forderungsrecht hat [n]. Außerdem kann 4) die Verpfändung der fremden Sache dadurch wirksam werden,

[a] L. 26. pr. D. de pign. act. 13. 7. cf. L. 1. Cod. comm. de legat. 6. 43. [b] L. 1 D. l. c. L. 34. §. 1. D de pignor. cf. L. 4. pr. D. in quib. caus. pign. 20. 2. [c] L. 21 D. de probat. 22. 3. [d] pr. §. 2. J. quib. alien. lic. 2. 8. cf. L. 11. §. 7. L. 12 L. 18. §. 4. L. 19. D. de pign. act. 13. 7. [e] L. 6. Cod. si aliena res pignori data sit. 8. 16. [f] L. un. Cod. si communis res pignori data sit. 8. 21. L. 3. §. 2. D qui pot. 20. 4. [g] L. 18. L. 21. §. 1. D. de pignor. L. 14. D. qui pot. 20. 4 [h] L. 20. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 26. §. 1. D. de pignor. 20. 1. L. 5. §. 2. D. quib. caus. 20. 2. L. 2. Cod. si aliena res. 8. 16. [i] L. 16. §. 1. D. de pignor. (§. 78.). [k] L. 15. pr. cf. L. 1. §. 2. D. de pignor. [l] L. 16. §. 7. D. eod. [m] L. 1. pr. 15. §. 1. eod. [n] L. 1. pr. eod.

daß der Verpfänder nachher Eigenthümer [o] oder der Eigenthümer Erbe des Verpfänders wird [p].

Uebrigens [2] kann eine Verpfändung auch unter Bedingung oder Zeitbestimmung stattfinden [q].

Anm. [1] Ueber „Verpfändung von Sachen, deren Eigenthümer man nicht ist", vgl. überhaupt Huschke in Linde's Ztschr. XX. 6. mit Bachofen I. S. 66. fg. 141. fg. Bang. §. 372. Anm. 2. — Insbesondre zu Nr. 4. und zwar

a) den Fall betreffend, wenn der Verpfänder Eigenthümer wird (not. o.), gl. *α*) L. 5. Cod. 8. 16. Quum res, quae necdum in bonis debitoris st, pignori data ab eo postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam uidem actionem super pignore non competere, manifestum est, sed amen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiae etur. *β*) L. 1. pr. cit. Conventio generalis in pignore dando bonorum el postea quaesitorum recepta est; in speciem autem alienae rei collata onventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori ominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis ctio datur, sed facilior erit possidenti retentio. *γ*) L. 9. §. 3. cit. Titia raedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio; deinde domina eius ignoris facta, marito suo in dotem aestimatum dedit. Si Titio soluta it pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. Tunc nim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur; in proposito autem maritus emtoris loco est; atque ideo, uia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, n bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii onvalescere possit. Haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum raedium maritus accepit, id est, si ignoravit, Maevio obligatum esse. – Hiernach wird nur aequitatis causa eine Convaleſcenz des Pfandrechts, urch Gewährung einer utilis actio, zugelaſſen, daher dem Gläubiger, der in ala fide war, die Klage abgeſprochen und nur doli exceptio gegen den Verfänder gegeben. L. 1. pr. cit. cf. L. 14. Cod. de rei vind. 3. 32. Zudem ehauptet man, arg. L. 9. §. 3. cit., die utilis actio finde nur ſtatt, ſo lange er Verpfänder (oder deſſen Erbe) das Eigenthum behalte (dann wohl auch gegen en dritten unberechtigten Beſitzer?), nicht auch nach Veräußerung der Sache gen den neuen Erwerber, wenn dieſer von der Verpfändung nichts wußte. uſchke a. a. O. S. 235. fg. Windſcheid in Linde's Ztſchr. n. F. III. 10. Bachofen I. 5. 545. fg. Dagegen Bang. I. S. 949. (6. Aufl.). Nach jener Anſicht müßten ir freilich anerkennen, „daß das römiſche Recht hier in ſeiner Entwickelung ehen geblieben ſey." Windſcheid S. 438. vgl. §. 168. Anm. a. E. Nach der ntgegenſtehenden Anſicht bleibt unerklärt die Beſchränkung der Convaleſcenz beglich des zweiten Pfandrechts (vgl. Windſcheid a. a. O.), weshalb man auch

[o] L. 5. Cod. si aliena res. 8. 16. L. 41. D. de pign. act. 13. 7. L. 1. pr. D. de ignor. L. 9. §. 3. D. qui pot. 20. 4. [p] L. 22. D. de pignor. L. 41. D. cit. L. 5. §. 1. D. de pignor. 20. 1.

ſchon behauptet hat, L. 9. §. 3. cit. enthalte nur eine eigenthümliche vom ſpätern Recht nicht anerkannte Meinung des Africanus. Müller im civ. Arch. XI. S. 392. fg. Löhr daſ. XIV. S. 169. — Nicht verbeſſert wird die Sache durch die hyperſubtile Behauptung, daß die Convaleſcenz des zweiten Pfandrechts auch dann nicht eintrete, wenn der erſte Pfandgläubiger ſchon vor dem Eigenthumserwerb des Verpfänders abgefunden iſt. Bachofen S. 556.

b) den andern Fall (not. p.) betreffend widerſtreiten ſich die beiden angeführten Stellen: *α*) L. 22. cit. (Modestinus lib. VII. differentiarum) Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori. *β*) L. 41. cit. (Paulus lib. III. quaest.) Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus eius rei esse coepisti: datur utilis actio pignoratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero: hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, neque utique sufficit ad competendam utilem pignoratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur. — „Die Verſuche, Modeſtinus mit Paulus zu vereinigen, ſind ſämmtlich mißlungen und zum großen Theil einer genauern Darſtellung gar nicht werth .... Ich denke, Niemand wird das mindeſte Bedenken tragen, der Anſicht des Paulus beizutreten und die Modeſtin's zu verwerfen.“ — Bachofen I. S. 548. Dagegen Windſcheid S. 439. „Die gemeine Meinung geht jetzt wohl dahin, daß ein Widerſpruch zwiſchen Paulus und Modeſtin zuzugeben, die Entſcheidung des letztern aber zu befolgen ſey. Auch ich bin dieſer Meinung.“ Ebenſo Bang. I. S. 651. nach Analogie des Falles unter a) und §. 168. Anm. 1. d.

[2] „Vom bedingten und dem mit einem dies behafteten Pfandrecht“ ſiehe Huſchke in Linde's Ztſchr. XX. 5.

§. 372.

2) Durch richterliche Verfügung.

Richterliche Verfügungen, die ein Pfandrecht erzeugen können, ſind:

1) Beſitzeinweiſung, missio in possessionem [1]; das Pfandrecht, pignus praetorium [a], entſteht hier, wenn der Gläubiger in Folge deſſen wirklich in den Beſitz gelangt [b];

2) gerichtliche Anordnung der Ausp fändung zum Zweck der Vollſtreckung eines Urtheils; das Pfandrecht, pignus in causa

[a] Cod. de praetorio pignore et ut in actionibus debitorum missio praetorii pignoris procedat. 8. 22. [b] L. 26. D. de pign. act. 13. 7. L. 2. 3. Cod. qui pot. 8. 18. L. 3. 5. Cod. ut in poss. legat. 6. 54. L. 3. §. 1. D. de reb. eor. 27. 9.

iudicati captum oder sog. pignus iudiciale, entsteht mit der wirklichen Vornahme der Pfändung [c];

3) richterlicher Zuspruch im Theilungsverfahren [d], indem der Richter einer Partei eine Leistung an die andere Partei auferlegt und dieser dafür ein Pfandrecht an der jener zugesprochenen Sache zuerkennt [2].

Anm. [1] Ausführliche Untersuchungen darüber enthält Bachofen I. S. 281... 480.; vgl. §. 93. not. k...m. Erst Justinian erstreckte dieses Pfandrecht auch auf Forderungen, L. 1. Cod. h. t. 8. 22., und verband mit demselben die hypothekarische Klage. L. 2. eod. Erst dadurch „wurde die Erhebung des pignus praetorium zu einem wahren Pfande vollendet. Aber... die Uebertragung des Pfandbegriffes auf die Missionen ist ein bloßer Versuch ohne Erfolg, der Beginn einer Entwickelung ohne Resultat." Bachofen S. 479. 80. Heutzutage hält man diese Art des Pfandrechts überhaupt für unpraktisch. Sintenis §. 35. 72. a. E. Seuffert §. 198.

[2] Die Quellen erwähnen diesen Fall der Entstehung eines Pfandrechts nicht; gleichwohl ist er unzweifelhaft. Auf einen andern Fall bezieht sich L. 29. D. fam. erc. 10. 2. cf. L. 7. §. 6. 12. D. comm. div. 10. 3.; und in ganz anderer Bedeutung, für Zuerkennen eines geltend gemachten Pfandrechts, findet sich adiudicare pignus in L. 16. §. 5. D. de pignor. L. 12. pr. D. qui pot. 20. 4.

[3] Nach deutschem Recht kann man sich in gewissen Fällen auch ohne den Richter durch Selbsthülfe, nämlich durch eigenmächtige Pfändung, ein Pfand verschaffen, worüber das Nähere im deutschen Privatrecht.

§. 373.

3) Durch Rechtsatz.

Mit vielen Forderungen ist durch Rechtsatz ein Pfandrecht verunden, welches ipso iure besteht, sobald die Forderung entstanden nd ein Gegenstand, der dem Pfandrecht unterliegt, gegeben ist. Man nennt es gesetzliches Pfandrecht, pignus legale. Die Anerennung solcher Pfandrechte ging ursprünglich aus dem Gesichtsunkte hervor, daß in gewissen Fällen, in denen es wohl ganz geöhnlich war, sich ein Pfandrecht bestellen zu lassen, auch ohne usdrückliche Verabredung ein solches als bestellt angenommen wurde. ie heißen daher auch stillschweigende Pfandrechte, pignora tacita [a].

[c] Cod. si in causa iudicati pignus captum sit. 8. 23. L. 7. 8. Cod. quae res pign. 17. L. 15. §. 2. L. 58. D. de re iud. 42. 1. L. 10. D. qui pot. 20. 4. L. 2. 3. Cod. . L. 3. §. 1. D. cit. (not. b.). [d] arg. L. 22. §. 3. D. fam. erc. 10. 2. §. 188. not. §. 320.

[a] Dig. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. 20. 2. Cod. 15.

Indeſſen hat die Geſetzgebung allmälig ſolche Pfandrechte in ſolcher Ausdehnung eingeführt, daß jener Geſichtspunkt ganz zurücktritt und dieſe Bezeichnung keineswegs mehr durchgängig angemeſſen erſcheint [1]. Die Pfandrechte dieſer Art erſtrecken ſich übrigens theils auf das ganze Vermögen des Schuldners, in welchem Fall man ſie allgemeine geſetzliche Pfandrechte nennt [2], theils beſchränken ſie ſich nur auf gewiſſe Güter, und heißen dann beſondere geſetzliche Pfandrechte [3].

Anm. [1] Eine „vollſtändige Darſtellung der Lehre vom ſtillſchweigenden Pfandrecht" hat gegeben Meißner in 2 Theilen, Leipzig 1803. 1804. vgl. Bang §. 374...376. Die Beſtimmungen des R. Rts darüber ſind vielfach ſtreitig, haben aber verhältnißmäßig geringen wiſſenſchaftlichen Werth, und auch ihre praktiſche Bedeutung iſt durch den Einfluß neuerer Hypothekengeſetze ſehr verringert. Treffend bemerkt Puchta §. 199. not. b. „Manche Juriſten haben ſich ein Geſchäft daraus gemacht, ihre (der geſetzlichen Pfandrechte) Zahl zu vermehren, zum Theil indem ſie, wo in den Quellen das Beiſpiel eines Pfandrechts vorkommt, dieſes ſofort für ein geſetzliches gehalten haben, zum Theil durch Erſtreckung der beſtehenden geſetzlichen Pfandrechte auf analoge Fälle. Eines iſt ſo unſtatthaft wie das andere, zumal eine große Anzahl geſetzlicher Hypotheken ein Uebel iſt, und ſchon unter den im römiſchen Recht wirklich enthaltenen manche ſich befinden, zu deren Verleihung der Geſetzgeber ohne hinreichenden Grund ſich hat verleiten laſſen."

[1] Ein geſetzliches Pfandrecht am ganzen Vermögen des Schuldners haben:

a) der Fiscus: fiscus semper habet ius pignoris, L. 46. §. 3. D. de iure fisci. 49. 14.; insbeſondere *α*) wegen öffentlicher Abgaben, L. 1. Cod. h. t. 8. 15. L. 1. Cod. si propter publ. pens. 4. 46., *β*) wegen Forderungen aus Contracten, L. 2. Cod. h. t. L. 28. D. l. c., wozu denn auch die Anſprüche gegen ſeine Verwalter gehören, jedoch nicht wegen Strafforderungen, L. 17. 37. eod. L. un. Cod. de poen. fisc. 10. 7. L. 10. pr. D. de pact. 2. 14.;

b) der Regent und deſſen Gemahlin, gleich dem Fiscus, L. 6. §. 1. D. de iure fisci. 49. 14.;

c) nach der Praxis auch Städte wegen ſtädtiſcher Abgaben und wegen der Anſprüche gegen ſtädtiſche Verwalter; cf. L. 2. Cod. de debit. civ. 11. 32.;

d) die Kirche an dem Vermögen ihres Emphyteuta, wegen Verſchlechterung der Emphyteuſe, nov. 7. cap. 3. §. 2.

e) Bevormundete Perſonen, namentlich Pupillen, Minderjährige, Wahnſinnige, an dem Vermögen der Vormünder (auch der Protutoren, arg. L. ult. D. de tut. act. 27. 3.), wegen der Verbindlichkeiten derſelben aus der Vormundſchaft; L. 20. Cod. de adm. tut. 5. 37. L. 7. §. 5. 6. Cod. de curat. fur. 5. 70. L. un. Cod. rem al. ger. 4. 53. cf. L. 6. §. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.; wenn die Mutter als Vormünderin ihrer Kinder vor der

Rechnungslegung und Herausgabe des Vermögens wieder heirathet, auch an dem Vermögen des Stiefvaters, L. 6. Cod. h. t. nov. 22. cap. 40.;

f) die Kinder *α*) am Vermögen des Vaters, bezüglich ihrer von der Mutter oder mütterlichen Großeltern herrührenden Güter, an welchen jenem Nießbrauch und Verwaltung zusteht, L. 6. §. 2. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. L. 8. §. 5. Cod. de sec. nupt. 5. 9., wenigstens wenn der Vater zu einer andern Ehe schreitet; *β*) an dem Vermögen des zu einer andern Ehe schreitenden Parens (parens binubus), bezüglich der Güter, deren Proprietät dadurch an die Kinder voriger Ehe fällt, und zwar rückwirkend von der Zeit des Erwerbes jener Güter an, und mit der Bestimmung, daß die Kinder auch die ihnen verfallenen Güter selbst, anstatt dieselben als Eigenthümer zu vindiciren, je nachdem es ihr Vortheil erheischt, mit der Pfandklage in Anspruch nehmen können; L. 6. §. 2. L. 8. §. 4. Cod. de sec. nupt. 5. 9. cf. nov. 98. cap. 1.;

g) die (orthodoxe) Ehefrau am Vermögen des Mannes: *α*) wegen der ihr zu restituirenden Dos, wobei sie das Recht hat, auch die Dotalsachen selbst, deren Eigenthum an sie zurückfällt, mit der Pfandklage in Anspruch zu nehmen; L. un. §. 1. Cod. de rei ux. act. 5. 13. L. 19. §. 2. Cod. de don. ante nupt. 5. 3. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12.; *β*) wegen ihrer Paraphernalcapitalien (nach der Praxis wegen aller bona parapherna), deren Verwaltung dem Manne überlassen ist; L. 11. Cod. de pact. conv. 5. 14.; *γ*) wegen der ihr bestellten Donatio propter nuptias; nov. 109. cap. 1. cf. L. 12. §. 2. Cod. qui pot. §. 18. Streitig: zu *α*), ob auch die Braut? zu *α. β*), ob auch die putative Ehefrau? (cf. L. 74. D. de iure dot. 23. 3. L. 17. §. 1. D. de reb. auct. iud. 42. 5. L. 22. §. 13. D. sol. matr. 24. 3.), zu *α. β. γ*), ob auch die jüdische Ehefrau das gesetzliche Pfandrecht habe? —;

h) der Ehemann wegen der bestellten Dos, an dem Vermögen dessen, der sie zu entrichten hat; L. un. §. 1. Cod. de rei ux. act. 5. 13.; endlich

i) wenn einer Person etwas sub conditione viduitatis hinterlassen war, derjenige, an welchen dieses wegen Nichterfüllung der Bedingung zurückfällt, an dem Vermögen jener Person, wegen Erstattung des hinterlassenen; nov. 22. cap. 44. §. 2. 3. 9.

[3] Ein gesetzliches Pfandrecht, welches nicht alle Güter des Schuldners ergreift, hat:

a) wer zur Wiederherstellung eines zerstörten Gebäudes Geld dargeliehen hat, wegen dieser Darlehensforderung, an dem wiederhergestellten Gebäude; L. 1. D. h. t.;

b) Pupillen (und Minderjährige?) an den mit ihrem Gelde gekauften Sachen, wegen Ersatz des Geldes, sofern ihnen nämlich das Pfandrecht vortheilhafter seyn mag, als die ihnen zustehende Geltendmachung des Eigenthums an denselben; L. 7. pr. D. qui pot. 20. 4. L. 17. Cod. de pignor. 8. 14. L. 6. Cod. de servo pign. dato. 7. 8. vgl. §. 145. Anm. 3. a.;

c) der Verpachter eines zum Fruchtbau bestimmten Grundstücks (praedium rusticum), wegen seiner Forderungen aus dem Pachtvertrag, an den von dem Pachter selbst oder einem Afterpachter davon gezogenen Früchten; L. 24. §. 1.

D. locati. 19. 2. L. 7. pr. D. h. t. 20. 2. cf. L. 4. pr. eod. L. 5. Cod. de locato. 4. 65.;

d) der Vermiether eines Gebäudes (praedium urbanum) an den in das Grundstück zu dauernder Benutzung daselbst eingebrachten Sachen des Miethers (mittelbar auch des Aftermiethers), wegen der Forderungen aus dem Miethvertrag; L. 32. D. de pignor. 20. 1. L. 2...4. 6. 7. §. 1. D. h. t. 20. 2. cf. L. 5. pr. eod. L. 11. §. 5. D. de pign. act. 13. 7.;

e) Vermächtnißnehmer wegen der Vermächtnißforderung an den dem Testirten aus der Erbschaft zugekommenen Gütern. L. 1. 2. Cod. comm. de legat. 6. 43. Nov. 108. cap. 2.

§. 374.

B. Uebertragung eines Pfandrechts.

Das Pfandrecht steht in wesentlicher Beziehung zu der Forderung, für welche es bestellt ist. Die Haftung des Pfandes erstreckt sich nicht weiter, als der Inhalt der Pfandforderung reicht. Gleichwohl kann das Pfandrecht seiner Wirkung nach auf einen Andern übergehen, nicht nur mit der Forderung, sondern auch ohne dieselbe, theils durch eine Handlung des Gläubigers, theils auch ohne dessen Willen. Eine solche Uebertragung des Pfandrechts liegt in der Afterverpfändung (§. 371. 4.). Sie ist stillschweigend verbunden mit der Abtretung der Pfandforderung [a]. Ein Recht darauf haben der Bürge [b], und jeder rechtmäßige Besitzer des Pfandes, wenn sie, vom Gläubiger belangt, die Pfandschuld zahlen. Außerdem kann 1) bei der Novation der Pfandforderung das Pfandrecht auf die neue Forderung übertragen werden [d]. 2) Wer zur Bezahlung eines Pfandgläubigers das Geld herleiht und sich dafür ein Pfandrecht ausbedingt, tritt eben dadurch in das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers ein [e]. Ebenso 3) der Pfandgläubiger, der ein anderes ihm zustehendes Pfand verkaufen läßt, um einen vorgehenden Pfandgläubiger abzufinden [f]. 4) Ein nachfolgender Pfandgläubiger kann überhaupt sich den Eintritt in das Pfandrecht des vorgehenden Gläubigers auch wider dessen Willen dadurch verschaffen, daß er demselben die Befriedigung für seine Pfandforderung in

[a] L. 6. D. de hered. v. act. vend. 18. 4. §. 256. not. f. [b] L. 2. Cod. de fidej. 8. 41. [c] L. 19. D. qui pot. 20. 4. §. 378. not. l. [d] L. 3. pr. 12. §. 5. L. 21. pr. D. eod. L. 11. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. L. un. Cod. etiam ob chirograph. 8. 31. L. 18. D. de novat. 46. 2. [e] L. 12. §. 8. D. qui pot. 20. 4. L. 3. D. quae res pign. 20. 3. L. 1. Cod. de his qui in priorum creditorum locum succedunt. 8. 19. [f] L. 12. §. 9. D. qui pot. 20. 4.

gehöriger Weise darbietet [g]. Auch wird 5) demjenigen, der das Pfand zum Behuf der Abfindung eines Pfandgläubigers gekauft hat, andern Pfandgläubigern gegenüber die pfandrechtliche Sicherheit des abgefundenen gewährt [h].

Daß in diesen Fällen ein bestehendes Pfandrecht übertragen, nicht ein neues bestellt wird, ist überall vorzüglich in Beziehung zu andern an derselben Sache bestehenden Pfandrechten (§. 387.) von Bedeutung; es kann aber auch insofern wichtig seyn, als dabei nicht die Voraussetzungen ursprünglicher Bestellung eines Pfandrechts (§. 371.) erforderlich sind.

III. Rechte der Pfandgläubiger.

A. Abgesehen vom Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte.

1) Bei Verpfändung von Sachen.

§. 375.

a) Verkaufsrecht [a].

Der Pfandgläubiger hat, nachdem die Pfandforderung wenigstens zum Theil fällig [b] und so lange ihm nicht volle Bezahlung derselben geworden [c], die Befugniß, nicht die Pflicht [d], unabhängig vom Verpfänder und jetzigen Eigenthümer [e], die Pfandsache gleich einem Bevollmächtigten [f] zum Verkaufe zu bringen, und deren Eigenthum [g], beziehungsweise Besitz mit dem Recht der Publiciana actio[h], durch Uebergabe derselben [i] unwiderruflich [k] auf den Käufer zu übertragen. Er haftet diesem, wenn er als Pfandgläubiger verkaufte und nicht zu Mehrerem sich besonders verpflichtete oder betrügerisch handelte, nur dafür, daß demselben nicht wegen Unrechtmäßigkeit des Pfandverkaufes, insbesondere wegen Mangels des Pfandrechts der durch einen andern Pfandgläubiger kraft bessern Pfandrechts

[a] L. 12. §. 6. D. eod. §. 388. [b] L. 17. D. eod. L. 3. Cod. l. c. [c] Dig. de distractione pignorum vel hypothecarum. 20. 5. Cod. 8. 28. [d] L. 4. D. h. t. [e] L. 6...8. 14, Cod. h. t. [f] L. 6. pr. D. de pign. act. 13. 7. cf. L. 15. §. D. de re iud. 42. 1. [g] Cod. debitorem venditionem pignoris impedire non posse. 8. 29. L. 1. Cod. de litigios. 8. 37. [h] §. 1. J. quib. alien. lic. 2. 8. cf. L. 14. §. 5. D. de div. temp. 44. 3. L. 29. D. fam. erc. 10. 2. L. 10. §. 1. D. quib. mod. pign. 20. 6. [i] L. 4. D. de pign. act. 13. 7. L. 15. Cod. h. t. [k] cf. L. 18. D. de ignor. 20. 1. [l] L. 13. D. h. t. cf. L. 7. pr. eod. [m] L. 7. pr. §. 1. eod. L. 2. Cod. si antiquior. cred. 8. 20.

die Sache entwährt werde [l]. Er haftet dem Verpfänder für das Interesse, wenn er nicht redlich und mit angemessener Sorgfalt verfuhr [m], und dieser kann selbst Restitution erlangen, wenn etwa der Käufer an der Unredlichkeit des Pfandverkäufers theilgenommen hat [n]. Ist die Sache an einen andern Pfandgläubiger oder einen Bürgen des Pfandschuldners verkauft, so wird dieß so angesehen, als ob jenem nur die Pfandforderung verkauft worden; der Schuldner behält das Recht der Wiedereinlösung [o].

Soweit der Gläubiger durch den Kaufpreis Befriedigung erhalten oder durch seine Schuld, namentlich weil er unvorsichtig dem Käufer Credit gegeben, nicht erhalten hat, wird die Pfandschuld getilgt [p]; der Ueberschuß (hyperocha) muß herausgegeben werden [q].

Uebrigens soll nach Justinians Vorschrift der Gläubiger den Verkauf nicht vornehmen vor Ablauf von zwei Jahren, nachdem der Schuldner rechtskräftig verurtheilt oder unter Androhung des Pfandverkaufes zur Zahlung aufgefordert worden [r]. Die Verabredung, daß nicht verkauft werden solle, hat die Wirkung, daß dreimal gemahnt werden muß [s]. Das pignus in causa iudicati captum kann nach Ablauf von zwei Monaten seit der Auspfändung verkauft werden, und zwar im Wege gerichtlicher Versteigerung [t]. Nach heutigem Gebrauch aber findet auch bei andern Pfändern regelmäßig dann gerichtlicher Verkauf statt, wenn der Gläubiger erst durch richterliche Hülfe den Besitz des Pfandes erlangt und den Verkauf desselben ermöglicht; und dabei pflegt man denn die oben angegebene Verkaufsfrist nicht zu beobachten. Besondere Verabredung kann überall eine Abweichung von den gesetzlichen Regeln begründen [u].

Anm. Ueber den Pfandverkauf überhaupt vgl. vorzüglich Bachofen I. S. 157...210. 559...610. Platner im civ. Arch. XXXII. 4. — Streitig: a) ob Mora des Schuldners vorausgesetzt werde? Puchta §. 205. Dagegen Bang. §. 379. Bachofen S. 165. 640. fg. b) ob selbst mora accipiendi den Verkauf nicht hindere? Bang. a. a. O. arg. L. 2. Cod. cred. vend. pign. 8. 29.

[l] Cod. creditorem evictionem pignoris non debere. 8. 46. cf. L. 10. D. h. t. L. 11 §. 16. D. de act. emti. 19. 1. [m] L. 4. 7. 9. Cod. h. t. 8. 28. [n] L. 1. 3. 4. Cod si vendito pignore agatur. 8. 30. [o] L. 5. §. 1. L. 6. D. h. t. [p] L. 9. D. h. t. 1. 3. Cod. h. t. L. 26. D. de solut. 46. 3. L. 35. pr. D. de pign. act. 13. 7. cf. L. 22 §. 4. eod. L. 59. §. 4. D. mand. 17. 1. [q] L. 24. §. 2. L. 42. D. de pign. act. 13. 7. [r] L. 3. §. 1. Cod. de iure dom. 8. 34. cf. L. 4. Cod. h. t. [s] L. 4. 5. D. de pign. act. 13. 7. [t] L. 2. 3. Cod. si in causa iud. 8. 23. L. 15. §. 2. L. 31. D. de re iud. 42. 1. [u] L. 3...5. 8. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. L. 3. §. 1. Cod. de iure dom. 8. 34.

Dagegen Puchta not. b. cf. L. 5. Cod. de distr. pign. 8. 28. c) ob Liquidität der Forderung vorausgesetzt werde? Müller Abh. III. §. 2. 3. arg. L. 5. Cod. cit. L. 3. §. 1. Cod. de iure dom. 8. 34. Dagegen Bang. a. a. O., Puchta Vorles. §. 205. „der gerichtliche Verkauf wird durch die Bestreitung der Forderung, also des Pfandrechts, gehemmt, dagegen nicht an sich der Privatverkauf, aber dieser ist nichtig, wenn die Forderung nicht existirt. Ferner kann er nichtig seyn als Verkauf einer res litigiosa, wenn der Verpfänder vor dem Verkauf vindicirt hat. Soll der Verkauf erst durch die hyp. actio vorbereitet werden, also, wenn der Gläubiger nicht schon im Besitz ist, so wird natürlich die Bestreitung der Forderung ihn stets hindern."

§. 376.

b) Recht des Zuschlags.

Wenn kein Käufer des Pfandes oder doch kein annehmlicher sich findet, so kann sich der Gläubiger das pignus in causa iudicati captum sofort für die Forderung, die dadurch erlischt, addiciren lassen [a]. Außerdem kann in solchem Falle bei jedem Pfandrechte der Gläubiger verlangen, daß ihm, nach nochmaliger Mahnung des Schuldners oder nach Ablauf einer dem Abwesenden richterlich gesetzten Zahlungsfrist, das Eigenthum des Pfandes zugeschlagen werde (ius dominii impetrandi), unter gerichtlicher Abschätzung desselben, mit Vorbehalt des Ueberschusses seiner Forderung und Herausgabe des Ueberschusses des Werthes. Doch kann alsdann binnen zwei Jahren der Verpfänder das Pfand noch wieder einlösen, und andererseits der Gläubiger dasselbe noch mit der Wirkung verkaufen, daß sich die Größe seiner Restforderung oder des herauszuzahlenden Ueberschusses nach dem wirklichen Kaufpreise bestimmt, falls er nur eidlich erhärtet, daß er redlich so gut als möglich verkauft habe [b]. Der Betrag der Forderung, soweit sie durch den Zuschlag getilgt ist, gilt gleichsam als Kaufpreis [c].

Der Zuschlag geschieht nach römischem Recht durch Rescript des Regenten [d], nach heutigem Gebrauch durch den Richter.

Ungültig ist die Verabredung, daß dem Gläubiger im Falle der Nichtzahlung das Pfand von selbst für seine Forderung verfallen seyn solle, lex commissoria [e].

[a] L. 15. §. 3. D. de re iud. 42. 1. L. 3. Cod. si in causa iud. 8. 23. cf. L. 2. Cod. eod. L. 3. Cod. de execut. 7. 53. [b] L. 3. Cod. de iure dominii impetrando. 8. 34. (Justinianus, a. p. Chr. 530.), cf. L. 1. 2. eod. [c] L. 24. pr. D. de pign. act. 13. 7. [d] L. 2. 3. Cod. l. c. L. 3. Cod. si in causa iud. 8. 23. [e] L. 3. Cod. de pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda. 8. 35. (Constantin).

Anm. Ueber die lex commissoria s. Warnkönig, „dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre v. d. lex commiss. bei Pfandrechten", im civ. Arch. XXIV. XXV. — Unter dieses Verbot fällt aber weder a) die spätere Ueberlassung des Pfandes an Zahlungsstatt; L. 13. Cod. de pignor. 8. 14. L. 24. pr. D. de pign. act. 13. 7.; noch b) der spätere Verkauf des Pfandes an den Gläubiger: L. 12. pr. D. de distr. pign. 20. 5.; selbst nicht c) der im voraus für den Fall der Nichtbezahlung bedingt abgeschlossene Verkauf, sofern er nicht zur Umgehung des Verbotes dient, also namentlich wenn er für einen erst alsdann zu bestimmenden billigen Preis geschieht; L. 16. §. 9. D. de pignor. 20. 1., um so noch weniger d) ein solcher bedingter Verkauf an den Bürgen, für den Fall, daß er für den Schuldner zahle und nicht binnen gewisser Zeit Rückzahlung erhalte; L. 81. pr. D. de contrah. emti. 81. 1. Bang. §. 383. Seuffert §. 203. — Ob eidliche Bestärkung den Vertrag dem Verbot entziehe? Bang. §. 383. a. E. Dagegen Seuffert not. 3.

§. 377.

c) Retentionsrecht wegen anderer Forderungen.

Wenn der Gläubiger im Besitze des Pfandes ist, so ist er auch, nachdem er für die Pfandforderung volle Befriedigung erhalten hat, doch dem Schuldner gegenüber noch berechtigt, dasselbe zurückzuhalten, d. h. dessen Klage auf Herausgabe des Pfandes durch doli exceptio auszuschließen, so lange er noch andere Forderungen an denselben hat.

Anm. L. un. Cod. etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse. 8. 27. (Gordian.)... Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam (rem) restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cuius nomine ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt. — „Ohne Grund und gegen den Wortlaut der Constitution wird diese Bestimmung von Vielen auf das Faustpfand eingeschränkt. Die Bestimmung enthält eine Ausnahme von der Regel, nach welcher das Retentionsrecht mit der Forderung des Klägers oder ihrem Gegenstand connexe Forderungen voraussetzt, aber in der Natur des Faustpfandes liegt nichts, was eine Beschränkung auf dasselbe rechtfertigen könnte." Puchta §. 204. not. e. vgl. Bang. §. 382. — Ueber die Statthaftigkeit dieses Retentionsrechts im Concurse: Bang. das. a. E. Dagegen Puchta Vorles. §. 204. a. E., Bayer Concursproc. §. 28. u. a.

d) Klagen.

§. 378.

a) Dingliche Pfandklage.

Zur Geltendmachung des Pfandrechts ist dem Gläubiger eine dingliche Klage gegeben, die in einem Falle Serviana actio heißt,

in den andern Fällen utilis oder quasi Serviana, überhaupt aber und gewöhnlich hypothecaria actio, oder auch pignoratitia (in rem) actio [1]. Sie ist eine vindicatio pignoris, und geht, gleich einer utilis rei vindicatio, gegen jeden Besitzer der Sache, also auch gegen den besitzenden Verpfänder selbst, sodann auch gegen fingirte Besitzer [a], nach Umständen jedoch nur in demselben Umfange, in welchem dem Verpfänder eine wirksame Publiciana actio zustand [b]. Sie bezweckt Herausgabe der Sache, beziehungsweise Ersatz des Interesse, wie die Eigenthumsklage [c], jedoch das letzte, dem Pfandschuldner selbst gegenüber, mit Beschränkung auf den Betrag der Pfandforderung [d]; sie geht auch, wie die Eigenthumsklage, auf die Früchte oder deren Ersatz, aber nur, sofern dieß der Zweck der Befriedigung des Pfandgläubigers erfordert, und auf die vor Beginn des Rechtsstreites gezogenen Früchte nur insofern, als sie noch vorhanden und nicht dem Pfandrecht durch den Eigenthumserwerb des Beklagten entzogen sind [e].

Zur Begründung der Klage ist der Beweis der gültig geschehenen Verpfändung erforderlich [f], nebst dem der entstandenen Forderung [g]. Sie kann jedoch wohl schon vor der Fälligkeit der Forderung und selbst bei einem noch bedingten Pfandrecht zur Sicherstellung künftiger Ausübung [2] stattfinden [h].

Der Beklagte kann der Pfandklage ähnliche Gegenansprüche und Einreden entgegensetzen, wie der Eigenthumsklage [i]; er kann außerdem jene abwenden 1) dadurch, daß er dem Kläger volle Bezahlung der Pfandforderung anbietet [k], wobei er, wenn er rechtmäßig in Besitz gekommen, zugleich Abtretung der Pfandforderung verlangen kann [l]; 2) durch sog. exceptio excussionis, und zwar a) exceptio excussionis personalis, mittels welcher ein dritter Pfandbesitzer den Kläger zuvor an den Schuldner und dessen Bürgen [3] verweisen kann [m], b) exceptio excussionis realis, Verweisung in ein anderes Pfand, welche im Fall der Verbindung genereller

[a] L. 16. §. 3. D. de pignor. 20. 1. [b] L. 18. D. eod. [c] L. 16. §. 3. L. 21. §. 3. D. eod. (§. 167.) cf. L. 66. pr. D. de evict. 21. 2. [d] L. 21. §. 3. cit. [e] L. 16. §. 4. D. eod. vgl. §. 368. [f] L. 23. D. de probat. 22. 3. (§. 371.). [g] L. 10. Cod. de pign. act. 4. 24. cf. L. 1. Cod. si pign. conv. 8. 33. [h] L. 14. pr. D. de pignor. 20. 1. cf. L. 13. §. 5. eod. L. 5. §. 1. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. L. 10. Cod. de pignor. 8. 14. [i] L. 29. §. 2. D. de pignor. 20. 1. vgl. §. 168. [k] L. 12. §. 1. D. quib. mod. pign. 20. 6. [l] L. 19. D. qui pot. 20. 4. [m] nov. 4. cap. 2. cf. L. 4. 24. Cod. de pignor. 8. 14.

und ſpecieller Verpfändung[4] ſtatthaben kann[n], und dem Beſitzer der vom Bürgen verpfändeten Sachen zuſteht, wenn andere Pfänder für die Hauptſchuld vorhanden ſind[o]; 3) durch die Einrede des beſſern Pfandrechts[p]; 4) durch die Einrede der Verjährung[q].

Anm. [1] Abgeſehen von der alten Verpfändungsart durch Fiducia, wornach der Gläubiger als Eigenthümer die rei vindicatio hatte, wurde eine in rem actio zuerſt dem Verpachter bezüglich der invecta et illata des Pachters gegeben welche ihm für den Pachtzins verpfändet worden (cf. L. 5. Cod. de locato. 4. 65. L. 5. Cod. in quib. caus. pign. 8. 15.), und dies iſt die eigentliche Serviana actio, nach deren Vorbild ſodann auch in andern Fällen, ohne Unterſchied zwiſchen Fauſtpfand und Hypothek, eine gleiche Klage gegeben wurde. §. 7. J. de act. 4. 6. cf. L. 3. §. 3. D. ad exhib. 10. 4. L. 7. §. 12. D. comm. div. 10. 3. Dieſe Pfandklage (bisweilen auch ſchlechtweg Serviana genannt) war eine prätoriſche in rem actio, mit formula in factum concepta, die wahrſcheinlich etwa folgendermaßen lautete: *Iudex esto. Si paret, eam rem, qua de agitur, ab eo, cuius in bonis tum fuit, Aulo Agerio pignoris nomine obligatam esse pro pecunia, quam ille Aulo Agerio ex mutuo dare oporteret, eamque pecuniam solutam non esse, neque eo nomine satisfactum esse, neque per Aulum Agerium stare, quominus solvatur satisve fiat, nisi arbitrio tuo Numerius Negidius Aulo Agerio restituat aut pecuniam solvat, quanti ea res erit, tanti Num. Negidium A. Agerio condemna, si non paret, absolve.* Vgl. Keller in d. krit. Jahrb. XI. S. 981. fg. mit Bachofen I. S. 48. fg. 637. Rudorff in der Ztſchr. XIII. S. 226. fg. Huſchke in Linde's Ztſchr. XX. S. 162. Dieſe Formel, die jedoch nach Umſtänden mehrfach modificirt werden mußte, diente den römiſchen Juriſten oft zum Anhaltpunkte für ihre Erörterungen über das Pfandrecht, ohne daß ſie jedoch das materielle Weſen der Sache dabei außer Acht ließen.

[2] Die formelle Zuläſſigkeit der hyp. actio in ſolchem Fall ergab ſich von ſelbſt nach Anm. 1.; es kam nur darauf an, ob ſie auch ſachlich gerechtfertigt war? z. B. wegen der Gefahr des Verluſtes beweglicher Pfänder: L. 14. pr. D. 20. 1. (die ſich zweifelsohne auf den Fall der eigentlichen Serviana actio bezog); und zu welchem Zweck? L. 13. §. 5. eod. Sed si ... agatur ante conditionem hypothecaria, verum quidem est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam (dem rechtmäßigen Beſitzer) iniquum est: ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt: *si conditio extiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit.* Hyſchke a. a. O. vgl Rudorff S. 216. fg. Bachofen S. 13. 178. fg. 325.

[3] Demnach kann dem Bürgen die Abtretung des Pfandrechts (§. 374. not. b.) nur nützen, wenn das Pfand ſich noch im Vermögen des Schuldners befindet. — Mit Unrecht haben einige geglaubt, dieſes Beneficium ſey durch nov. 112. cap. 1.

[n] L. 2. Cod. eod. cf. L. 2. D. qui pot. 20. 4. L. 9. Cod. de distr. pign. 8. 28. [o] Nov. 4. cap. 2. [p] L. 12. pr. §. 7. D. qui pot. (§. 387.). [q] L. 7. §. 4. 2. Cod. de praescript. 30. ann. 7. 39. §. 108. vgl. §. 390.

dem Besitzer eines Specialpfandes wieder entzogen. Busch im civ. Arch. XXXI. S. 20. fg. Es unterliegt aber ähnlichen Beschränkungen, wie das beneficium excussionis des Bürgen (§. 355.): Vang. §. 389. a. E. Ob es auch durch Concurs über das Vermögen des Auszuklagenden ausgeschlossen werde? Sell in Linde's Ztschr. III. 13. Chop im civ. Arch. XV. 3.

[4] Aus diesem Grunde wird ausdrücklich dem nachstehenden Pfandgläubiger das Recht der Verweisung an das Specialpfand gegeben. L. 2. Cod. 8. 14. Es ist aber streitig, ob dieß als besonderes Recht desselben anzusehen? oder andern Pfandbesitzern ebenso wie jenem überall und nur aus dem Gesichtspunkte einzuräumen sey, daß die generelle Verpfändung in Verbindung mit einer speciellen nur als subsidiäre auszulegen sey? (not. n.). Puchta §. 215. not. k. Vang. §. 389. Anm. 2. — In dem Fall der not. o. nennen manche die exceptio auch excussionis personalis, gewiß unpassend, obwohl sie auf dem persönlichen beneficium excussionis des Bürgen beruht.

§. 379.

β) Interdictum Salvianum.

Für denselben Fall, auf welchen sich die Serviana actio bezog, hatte das prätorische Edict, zweifelsohne früher, ein interdictum adipiscendae possessionis gegeben, das interdictum Salvianum [a], wodurch sich der Verpachter den Besitz der ihm verpfändeten Sachen des Pachters verschaffen konnte, um sein Pfandrecht daran auszuüben, und dieses wurde denn auch nach Einführung jener Klage, obgleich nun entbehrlich, noch beibehalten. In der heutigen Praxis gibt man das Interdict allen Pfandgläubigern als ein provisorisches Rechtsmittel, um sich nach summarischem Verfahren vorerst den Besitz des Pfandes zu sichern, ohne daß dadurch über das Pfandrecht schon rechtskräftig entschieden wird.

Anm. [1] Die Theorie dieses Interdicts nach römischem Recht besteht aus unter streitigen Punkten. Vgl. Thibaut und Zimmern im civ. Arch. XI. 7. 15. Buschke Studien I. 4. Rudorff Ztschr. XIII. S. 209. fg. Bachofen I. S. 107. fg. Keller a. a. O. S. 965. fg. — Puchta §. 217. Vang. §. 390. — Die Praxis hat es sich leicht gemacht, leichter noch und vielleicht besser wäre es, das Interdict ganz über Bord zu werfen.

[2] Durch Vertrag (sog. pactum de ingrediendo) kann dem Gläubiger die Befugniß eingeräumt werden, sich eintretenden Falls auch „ohne Recht", d. i. ohne Klage, in den Besitz des Pfandes zu setzen, was sonst unerlaubte Selbsthülfe wäre. RDA. von 1600. §. 32. vgl. L. 3. Cod. de pign. 8. 14. Dies berechtigt aber nicht zu gewaltthätiger Besitznahme, wenn dieser der Inhaber der Sache sich widersetzt.

[a] Dig. de Salviano interdicto. 43. 33. Cod. de precario et Salviano interdicto. 8. 9. vgl. §. 3. J. de interd. 4. 15. Gai. IV §. 147.

§. 380.

γ) Andere Schutzmittel des Pfandgläubigers.

Wie die hypothecaria actio parallel ist der Eigenthumsklage des Verpfänders, so kann der Pfandgläubiger auch mancherlei andere Klagen, welche zunächst dem Eigenthümer zustehen, utiliter anstellen, wie es der Zweck der Pfandsicherheit erfordert; so namentlich die negatoria und confessoria actio [a], die actio finium regundorum [b], die actio legis Aquiliae [c]; sodann können ihm auch die Klagen wegen Entwendung zustehen [d], und er kann cautio damni infecti verlangen [e], und opus novum nuntiare [f], auch das interdictum quod vi aut clam erlangen [g]. Dem Faustpfandgläubiger stehen zudem auch die Besitzklagen zu, interdicta retinendae und recuperandae possessionis, indem er abgeleiteten juristischen Besitz der Sache hat [h].

§. 381.

e) Nutzung des Pfandes.

Auf die Nutzung des Pfandes hat der Pfandgläubiger regelmäßig keinen Anspruch. Er macht sich eines furtum usus schuldig, wenn er sich des Gebrauchs der verpfändeten Sache anmaßt [i]. Ist er aber im Besitze der Sache und diese zur Gewinnung natürlicher oder bürgerlicher Früchte bestimmt, so muß er auch, wofern nicht deren Bezug dem Verpfänder unmittelbar überlassen wird, gleich einem Verwalter desselben darauf bedacht seyn, den angemessenen Ertrag daraus zu erzielen und diesen zunächst auf seine Zinsforderung anrechnen, den Rest aber herausgeben oder sich von der Hauptschuld selbst in Abzug bringen lassen [k]. Wird dem Gläubiger eine fruchttragende Sache als Faustpfand übergeben, so darf er, wenn gleich die Forderung unverzinslich ist [l], von dem zu verrechnenden Ertrag der Früchte landesübliche Zinsen für sich in Abzug bringen [m].

[a] L. 16. D. de servitut. 8. 1. §. 169. 191. [b] L. 5. §. 9. D. fin. reg. 10. 1. §. 321. [c] L. 17. pr. 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [d] L. 12. §. 2. D. de cond. furt. 13. 1. L. 15. pr. L. 87. D. de furt. 47. 2. §. 323. [e] §. 328. Anm. 3. [f] §. 330. not. l. [g] L. 11. §. 14. D. quod. vi. 43. 24. §. 329. [h] L. 35. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. L. 1. §. 9. D. de vi. 43. 16. L. 6. §. 4. D. de precario. 43. 26. cf. L. 16. §. 3. D. de div. temp. 44. 3. §. 135. not. i. §. 172. 173.

[i] §. 6. J. de obl. ex del. 4. 1. L. 54. pr. D. de furt. 47. 2. [k] L. 1...3 Cod. de pign. act. 4. 24. L. 1. Cod. de distr. pign. 8. 28. L. 5. §. 21. D. ut in poss. leg. 36. 4. cap. 6. X. de pign. 3. 21. [l] L. 8. D. in quib. caus. pign. 20. 2.

Ist dem Gläubiger die Antichresis, d. i. der Gebrauch oder Fruchtgenuß der Pfandsache anstatt der Zinsen [d], ausdrücklich eingeräumt worden [2], so hat er diesen schlechthin als Ersatz für die Zinsen, ohne über den Ertrag, sofern dieser nicht in einem Geldbezuge besteht, Rechnung legen zu müssen [e], es wäre denn ein anderes verabredet [f] oder nur eine Umgehung der Gesetze gegen Zinswucher bewerkt worden [g].

Anm. [1] Neuerdings bestritten von Stephan im civ. Arch. XXX. S. 355. fg. Dagegen Bang. §. 384. a. E.

[2] Vgl. §. 211. Erörtr. II. S. 104. Bang. §. 384. Anm. 2. — Eine andere Auffassung über den Fruchtgenuß des Pfandgläubigers hat Bachofen I. S. 139... 56. Dagegen Keller in krit. Jahrb. a. a. O. S. 998. fg.

§. 382.

2) Bei Verpfändung anderer Gegenstände.

Ist der Gegenstand der Verpfändung nicht eine Sache als Eigenthumsgegenstand, so finden die Bestimmungen der §§. 375...381. analog Anwendung, soweit nicht die besondere Natur des Gegenstandes eine Modification mit sich bringt. Dem Gläubiger steht regelmäßig die dem verpfändeten Rechte entsprechende Klage als utilis actio hypothekarisch zu, und kann er analog auch die übrigen pfandrechtlichen Befugnisse, so wie es die Natur des Gegenstandes zuläßt, ausüben. Dies ist 1) am einfachsten und vollständig der Fall bei Verpfändung der Emphyteuse und Superficies, sey es einer bestehenden oder erst zu errichtenden [a]. Der Gläubiger macht sein Recht durch utilis actio vectigalis oder de superficie geltend; er kann durch Verkauf das Recht einem Andern einräumen; auch sind dabei §. 377. 379...381. vollkommen anwendbar. 2) Aehnlich verhält es sich bei Verpfändung des Ususfructus, in Folge deren entweder die Ausübung des bestehenden oder das Recht selbst des erst zu erlangenden Ususfructus verkauft werden kann [b], wenn nicht die Absicht war, daß der Gläubiger nur durch den Fruchtbezug sich Befriedigung verschaffen sollte [c]. 3) Ebenso kann eine Prädialservitut verkaufsweise durch den Gläubiger eingeräumt werden, natürlich nur

[a] L. 11. §. 1. D. de pign. 20. 1. L. 33. D. de pign. act. 13. 7. [b] L. 14. 17. pr. de usur. 4. 32. [c] L. 1. §. 3. D. de pignor. 20. 1. [d] L. 26. §. 1. Cod. de usur. 4. 32.

[e] L. 13. §. 3. D. de pignor. 20. 1. L. 16. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. [f] L. 11. §. 2. D de pignor. 20. 1. [g] L. 15. pr. cod.

an einen benachbarten Grundbesitzer [d]. 4) Auch eine verpfändete Forderung kann verkauft werden, wodurch der Käufer Cessionar wird [e]. Hier kann aber auch der Pfandgläubiger selbst als Cessionar das Forderungsrecht ausüben und alsdann aus der empfangenen Geldsumme seine Bezahlung entnehmen oder den sonstigen Schuldgegenstand nunmehr als Pfand behandeln [f]. Endlich 5) der Afterpfandgläubiger ist befugt, das Pfandrecht des Afterverpfänders auszuüben, indem er dessen Pfandklage als ihm abgetretene anstellt [g]; er kann denn auch, soweit dies die Ausübung des Pfandrechts mit sich bringt, zugleich die Forderung des Afterverpfänders ausüben [h], ist aber, bloß als Afterpfandgläubiger, nicht auch sonst berechtigt, diese Forderung durchaus als ihm verpfändete zu behandeln.

Anm. In Betreff der Frage, ob in der Afterverpfändung zugleich eine Verpfändung der Forderung des Afterverpfänders liege? hat L. 13. §. 2. D. de pign. zu verschiedenen Meinungen Anlaß gegeben, indem sie sagt: Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit, an non? quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est. quod Pomponius lib. 7. ad Edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum (Hal. Vulg. *exacta a creditore se compensaturum*); si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. Vgl. darüber Huschke in Linde's Ztschr. XX. S. 227. fg., welcher vorschlägt, zu lesen: *Et verum est, ... si quidem pecuniam debet is, cuius nomine pignori datum est, exactam eam a creditore creditorem secundum secum pensaturum* etc. Vang. §. 368. Anm. 2. a. E., Puchta §. 208. not. g.

B. Beim Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte.

§. 383.

An derselben Sache kann gleichzeitig Mehreren ein Pfandrecht zustehen, und zwar 1) so, daß jedem nur ein Theil der Sache verpfändet ist [a], bezüglich dessen er dann sowohl gegen die übrigen Pfandgläubiger als gegen andre Personen alle pfandrechtlichen Befugnisse ausüben [b], im Verhältniß zu den ersten aber zudem auch

[d] L. 12. eod. [e] L. 7. Cod. de hered. v. act. vend. 4. 39. L. 15. §. 10. D. de re iud. 42. 1. [f] L. 18. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 4. Cod. quae res pign. 8. 17. cf. not. e. [g] L. 1. Cod. si pign. pignori. 8. 24. [h] L. 13. §. 2. D. de pign. 20. 1.
[a] L. 7. §. 4. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. [b] L. 10. in f. D. de pignor. 20. 1.

durch die actio communi dividundo ein Theilungsverfahren veranlassen kann [c]; ein solches Verhältniß wird im Zweifel angenommen, wenn Mehreren gemeinschaftlich in einem Act dieselbe Sache verpfändet ist, so zwar, daß die Pfandantheile sich nach dem Betrage der verschiedenen Forderungen richten [d]; 2) so daß jedem der mehreren Gläubiger dieselbe ganze Sache (in solidum) verpfändet ist, gleichwie dieselbe Person mehreren als Schuldnerin verpflichtet seyn kann. In diesem Fall kann dritten Personen gegenüber jeder von ihnen das ganze Pfand in Anspruch nehmen, als welches wenigstens eventuell jedem ungetheilt für seine ganze Forderung haftet [e]. Was aber das Verhältniß unter den verschiedenen Gläubigern betrifft, so kann a) unter ihnen gleichwohl eine Gemeinschaft bestehen, vermöge deren alle nach Verhältniß ihrer Forderungen auf Befriedigung aus dem Pfandgegenstande Anspruch haben, in der Ausübung des Pfandrechts also einander beschränken; dies kann z. B. durch Verabredung so bestimmt [f] oder Folge der Theilung einer Pfandforderung unter mehreren Erben seyn [g]. b) Die verschiedenen Gläubiger können unabhängig von einander aber gleichberechtigt das Pfandrecht haben, so daß unter ihnen eine wahre Collision der Rechte entsteht, bei welcher die Prävention der Ausübung entscheidet [h]; dies kann die Folge gleichzeitiger nicht gemeinschaftlicher Verpfändung derselben Sache an mehrere Gläubiger seyn, und als solche müssen auch die innerhalb eines bestimmten Zeitraumes geschehenen Verpfändungen gelten, wenn sich deren Zeitfolge nicht näher nachweisen läßt [i]; Gleiches tritt auch ein, soweit nämlich eine solche Verpfändung überhaupt wirksam ist, wenn von verschiedenen Nichteigenthümern Mehreren dieselbe Sache verpfändet ist [k]. Endlich c) können die verschiedenen Pfandrechte in einer Rangordnung unter einander stehen, als eine dem andern vorgehen; und dies ist der häufigste Fall. Es fragt sich in dieser Beziehung: α) aus welchen Gründen kann ein Pfandrecht vor dem andern den Vorrang haben? quis potior oder prior est creditor? quis posterior? [l] β) welche Rechte hat der vorgehende, welche der nachfolgende Pfandgläubiger?

[c] L. 7. §. 6. 12. D. comm. div. 10. 3. [d] L. 16. §. 8. D. de pignor. [e] L. 10. cit. [f] arg. L. 10. 16. §. 8. cit. [g] arg. L. 1. 2. Cod. si unus ex plur. 8. 32. 29. D. fam. erc. 10. 2. [h] L. 10. cit. §. 92. not. e. [i] arg. L. 16. §. 8. D. de pignor. 20. 1. [k] L. 14. D. qui pot. 20. 4. [l] Dig. qui potiores in pignore vel potheca habeantur et de his qui in priorum locum succedunt. 20. 4. Cod. qui potiores in pignore habeantur. 8. 18.

Anm. Ueber gleichzeitige Pfandrechte vgl. a) L. 10. D. 20. 1. Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem; dabitur enim possidenti haec exceptio: *si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset.* Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem (Hal. dim. *partem possessionis:* vielleicht *dimidiae partis poss.?*) apprehendant singuli b) L. 16. §. 8. eod. Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque hypothecam obligatam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quaeritur. Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum Sed uterque, si cum possessore agat, quemadmodum utrum de parte quisque, an de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit? Quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim, sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum aget, si minus, unusquisque pro parte. — Nach der letzten Stelle erklärt man Verpfändungen vom selben Tage schlechthin für gleichzeitige; Puchta §. 210. not. l., wohl mit Rücksicht auf die Regel der L. 8. D. de feriis. 2. 12.; und ausdrücklich so auch Harmenopul. III. 5. §. 36. von diesem Fall: *αἱ ὧραι αἱ προλαμβάνουσαι καὶ ὑστερίζουσαι οὐ ποιοῦσί τινι αὐτῶν προτίμησιν.* Aber vernünftig ist es gewiß nicht, die Priorität innerhalb desselben Tages, wenn sie erweislich ist, nicht zu beachten.

1) Bestimmung der Priorität.

§. 384.

a) Nach dem Alter der Pfandrechte.

Regel ist, daß unter mehreren Pfandrechten die Zeit der Entstehung den Vorzug bestimme; das ältere Pfandrecht geht dem jüngern vor [1], ohne Unterschied, ob Faustpfand oder Hypothek [a], ob durch generelle oder specielle Verpfändung entstanden [b]. Der Anfang des Pfandrechts aber bestimmt sich:

1) durch das Daseyn seines Entstehungsgrundes. Das gesetzliche Pfandrecht ist bedingt durch das Daseyn der thatsächlichen Voraussetzungen, rücksichtlich der Forderung und des Gegenstandes, womit nach Rechtsvorschrift die Entstehung des Pfandrechts verbunden ist [2]; das richterliche Pfandrecht durch die Vollziehung des Actes, woran seine Entstehung geknüpft ist [3]. Ein vertragsmäßiges Pfandrecht kann nur von der Zeit des Pfandvertrags an beginnen.

[a] L. 11. pr. L. 12. pr. §. 10. D. h. t. 20. 4. [b] L. 2. D. h. t. L. 6 Cod. h. t. 8. 18.

ein letztwillig gegebenes erst von dem Tode des Bestellers an, durch den die letztwillige Verfügung überhaupt wirksam wird. Ist die Verpfändung unter Bedingung geschehen, so wird nach deren Erfüllung, wenn diese nicht in des Verpfänders Willkür stand, der Anfang des Pfandrechts auf die Zeit der Verpfändung zurückbezogen [c]. Ist die Verpfändung erst hinterher durch Genehmigung wirksam geworden, so findet ebenfalls Rückbeziehung statt, aber unbeschadet der inzwischen durch den Genehmigenden eingeräumten Pfandrechte [d]. Es muß sodann

2) auch das Schuldverhältniß begründet seyn, für welches das Pfandrecht bestehe. Aber nur auf die Begründung eines bindenden Schuldverhältnisses kommt es an, nicht auf die gegenwärtige Verbindlichkeit zu bestimmten Leistungen, welche sich daraus ergeben [e]. Ist die Schuld bedingt, so wird nach Erfüllung der Bedingung, wenn diese nicht im Belieben des Verpfänders steht, zurückgerechnet [f], und ebenso ist auch der Anfang des für eine künftige Forderung im voraus bestellten Pfandrechts zurückzurechnen [g], wenn die wirkliche Entstehung der Forderung nicht der Willkür des Verpfänders überlassen ist [4]. Aber auch, wenn nur der Gläubiger gebunden war, das Geschäft einzugehen, woraus ihm die Forderung entsteht, muß dasselbe gelten [5].

3) Es muß der Gegenstand gegeben seyn, der dem Pfandrecht unterworfen ist [h]. In Folge der Verpfändung künftig zu erwerbender Sachen entsteht daher das Pfandrecht erst mit der wirklichen Erwerbung [i], und müssen alle vordem an der Sache erworbenen Pfandrechte jenem vorgehen [6].

Anm. [1] L. 4. Cod. h. t. Sicut prior es tempore, potior es iure. L. 2. in f. ibid. Nam cum de pignore utraque pars contendit, praevalet iure, qui praevenit tempore. — Vgl. überhaupt Hepp, diss. inaug. qua inquiritur, ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat. Lipsiae 1825. (vgl. Tübing. krit. Ztschr. II. S. 71. fg.) und dessen Beiträge zur Lehre von der Datirung des Pfandrechts, im civ. Arch. X. 12.

[2] Ueber die zum Theil streitige Bestimmung des Anfangs für die einzelnen Fälle s. §. 373. Bang. §. 375. 376. Seuffert §. 214.

[c] arg. L. 9. §. 1. D. h. t. L. 3. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. (§. 71.) cf. L. 12. §. 2. D. h. t. [d] L. 16. §. 1. D. de pignor. 20. 1. cf. §. 78. [e] L. 9. pr. D. h. t. 20. 4. L. 1. pr. cod. cf. L. 6 §. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. [f] L. 9. §. 1. 2. L. 11. §. 1. D. h. t. (§. 71.) [g] L. 9. pr. L. 11. pr. D. h. t. L. 4. D. quae res pign. 20. 3. cf. L. 30. D. de reb. cred. 12. 1. [h] L. 11. §. 2. D. h. t. [i] L. 7. §. 1. D. h. t. cf. L. 21. pr. D. eod. L. 28. D. de iure fisci. 49. 14.

[3] Vgl. §. 372. Bezüglich des pignus praetorium werden mehrere Gläubiger, die aus gleichem Grunde auf die Immission Anspruch haben, als gleichberechtigt angesehen, wenn sie auch nicht gleichzeitig ihre Theilnahme an derselben bewerkstelligt haben. L. 5. §. 3. D. ut in poss. legat. 36. 4. L. 2. Cod. h. t. 8. 18. vgl. §. 227.

[4] Die Beschränkung in den Sätzen des §. zu not. c. f. g. ist freilich von Mehreren bestritten: Trotsche in Linde's Ztschr. XVIII. S. 101. fg. Schmidt das. n. F. VIII. S. 381. fg. Wächter im Württemberg. Privatrecht II. S. 102. 117., und als prinzipiell verkehrt auch von Windscheid im civ. Arch. XXXV. 3 angefochten. Daß sie aber im R. R. wirklich anerkannt sey, kann der letzte nur L. 9. §. 1. L. 11. pr. D. h. t. L. 4. D. quae res pign. nicht in Abrede stellen, und glaubt nur mit Bestimmtheit behaupten zu dürfen, daß die Verpfändung für eine versprochene Conventionalstrafe auch nach dieser Auffassung der Quellen dennoch als eine den Willen bindende zu betrachten, also der Alternativ des daraus hervorgehenden Pfandrechts nach der Zeit ihrer Vornahme zu bestimmen sey.

[5] „Denn es würde ja die schreiendste Unbilligkeit seyn, wenn der künftige Schuldner, welcher den Gläubiger in jedem Augenblicke zwingen kann, sein Wort zu halten, von seiner Seite zum Nachtheil des Gläubigers die verpfändete Sache veräußern oder weiter verpfänden könnte." Bang. §. 372. Anm. 3. vgl. Heise und Cropp Abh. II. 15. Eine Stütze für diesen Satz bietet L. 1. pr. D. h. t. Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit; subsecuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit; mox residuae quantitatis numeratio impleta est. Quaerebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur: non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis: nec probe dici, in potestate eius esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur. Vgl. §. 1. ibid. Alia causa est eius, qui pignus accepit ad eam summam, quam intra diem certam numerasset, ac forte prius, quam numeraret, alii res pignori data est. Indessen ist die Erklärung dieser Stelle und so auch der obige Satz sehr streitig (Bang. a. a. O.). So verwirft ihn z. B., in besonderer Beziehung auf ein heutiges pactum de mutuo dando (§. 280. not. c.), Puchta Pand. §. 210. „weil dabei die entscheidende Frage, für welche Schuld das Pfand recht gegeben wurde, ganz hintangesetzt ist." Allein consequent müßte dann auch im Fall der L. 1. pr. cit. anders entschieden werden; denn das Versprechen der Dos und das Versprechen ihrer Restitution an den Besteller sind zwei getrennte Verbalcontracte, und die Entstehung der Verbindlichkeit aus dem letzten kann der Mann durch Nichtannahme der Dos ebensowohl verhindern, als die Entstehung der Verbindlichkeit aus der vorausgehenden Stipulation der Rückzahlung eines Darlehens durch Nichtannahme des Darlehens verhindert werden kann (L. 30. D. de reb. red.). Auch Windscheid a. a. O. S. 69. fg. findet diese Ausnahme von der Beschränkung der Anm. 4., wenn man diese einmal gelten lasse, nicht gegründet und L. 1. pr. cit. dafür nicht beweisend, indem er deren Entscheidung

(nicht befriedigend) daraus erklärt, daß das Versprechen der Dos schon wirkliche Bestellung derselben sey. Darin, daß so Viele diese Ausnahme vertheidigen, erkennt er eine Manifestation eines richtigen Rechtsgefühls, welches consequent zur Verwerfung der fraglichen Beschränkung überhaupt in allen Fällen, wo der Wille des Verpfänders auch nur eventuell gebunden sey, führen sollte. — Uebrigens kann durch ein pactum de mutuo contrahendo heutzutage auch der künftige Darlehensempfänger obligirt werden, und da ist denn die Rückdatirung des Pfandrechts eben so gerechtfertigt, als bei dem Pfandrecht für Restitution einer gemietheten Sache, zu welcher die Verbindlichkeit auch erst durch die Uebernahme derselben entsteht, der sich doch der Miether durch Leistung des Interesse entziehen könnte. Im Allgemeinen ist bei dieser Frage zu beachten, daß nach der Formel der Pfandklage (§. 378.) die Existenz der Forderung zur Zeit der Verpfändung nicht ausdrücklich vorausgesetzt wurde. Wenn nun gleichwohl darauf Rücksicht genommen wurde, so geschah dieses aus innern Gründen in Erwägung des Zwecks der Verpfändung, aber eben deswegen auch nicht aus bloßer Consequenz des Begriffes, sondern nur, soweit es praktisch wirklich angemessen war.

* Der letzte Theil dieses Satzes ist unbestreitbar; es wäre aller ratio iuris zuwider, wenn ein von dem jetzigen Eigenthümer gegebenes, also vollkommen begründetes Pfandrecht zurückstehen sollte gegen dasjenige, welches von einem Andern nur eventuell für den Fall der künftigen Erwerbung eingeräumt und also durch diese erst wirklich geworden ist. arg. L. 18. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. Sehr streitig aber ist es, ob nicht unter mehreren Gläubigern, welchen von demselben Verpfänder nach einander dieselben Sachen in solcher Weise (speciell oder generell, durch Verpfändung des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens) verpfändet worden sind, der Vorzug der Zeit entscheide? — Consequent scheint es, zu behaupten: die Pfandrechte an den später erworbenen Sachen entstehen für alle durch die Erwerbung, sind also gleichzeitig. Diese Consequenz scheint anerkannt zu seyn in L. 7. §. 1. D. h. t. 20. 4. Si tibi, quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisiero, putat Marcellus concurrere utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pignoratis emta non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat. Damit hat man auch leidlich zu vereinigen gewußt L. 21. pr. eod.: Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat quaeque habiturus esset; postea mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Seiae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda: wobei man hervorhebt, daß der Verfasser dieser Stelle (Scaevola) noch kein gesetzliches allgemeines Pfandrecht des Fiscus

vorausgesetzt und damals auch noch nicht die Verpfändung des ganzen (gegenwärtigen) Vermögens von selbst sich auf die künftigen Erwerbungen miterstreckt habe (L. 9. Cod. quae res pign. 8. 17.). Bang. §. 369. Anm. 1. Puchta Vorles. I. S. 399. 453. fg. — Allein a) eine Ausnahme von obigem Satze macht man bei der Verpfändung der Erzeugnisse einer Sache, als künftiger Sachen, wenn nur der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung die rechtlich begründete Hoffnung auf deren Erwerb hatte; arg. L. 11. §. 3. D. h. t. 20. 4. cf. L. 8. D. de contrah. emt. 18. 1. Puchta §. 210. not. f. Sintenis Pfandr. S. 398. Dagegen Gesterding S. 86. fg. Huschke a. a. O. S. 205 fg. b) Ebenso bei Verpfändung einer res debita (§. 371. not. n.), indem man hier zunächst ein Pfandrecht an der Forderung annimmt, das mit dem Erwerb in ein Pfandrecht an der Sache übergehe. Sintenis S. 56. 138. fg. Seuffert §. 214. not. 5. vgl. Puchta Vorles. I. S. 383. Dagegen Bang. §. 372. Anm. 2. b. Huschke S. 207. c) Bei der Convalescenz der Verpfändung einer fremden Sache (§. 371. Anm. 1.) läßt man unter Mehreren, denen von demselben dieselbe Sache verpfändet wurde, den Vorzug nach der Zeit der Verpfändung gehen. arg. L. 9. §. 3. D. h. t. cf. L. 14. eod., Bang. §. 372. Anm. 2. c.; dagegen Puchta §. 210. not. i. Seuffert §. 214. not. 6. d) Manche schließen den fraglichen Satz aus bei gesetzlichen Generalhypotheken, arg. L. 21. pr. cit. L. 2. D. de iure fisci. 49. 14.; Huschke a. a. O. S. 202. fg.; oder wenigstens bei der des Fiscus, Bachofen S. 260. fg.; dagegen Bang. §. 369. e) Von vielen wird der obige Satz ganz verworfen, und die vorangehende Frage allgemein bejaht, insbesondere bei allgemeinen Pfandrechten durchweg die Rangordnung nach der Zeit der Verpfändung behauptet. Mühlenbruch §. 312. Wening I. §. 164. und Fritz Erläutr. dazu II. S. 414. fg. u. a. Diese Ansicht, schon von Alex vertheidigt, aber in der Glosse mißbilligt, gleichwohl lange Zeit die herrschende, ist noch neuerdings wieder vertheidigt von Schmidt in Linde's Ztschr. n. F. VIII. 13. Wenn dieselbe einerseits L. 7. §. 1. D. h. t. nicht ohne einigen Zwang von dem Falle gleichzeitiger Verpfändung verstehen muß, so steht ihr andererseits eine ungezwungenere Erklärung der L. 21. pr. eod. zur Seite; sie wird auch unterstützt durch den Ausspruch der L. 14. eod., daß Verpfändungen durch denselben Nichteigenthümer nach der Zeitfolge sich ordnen, und ist praktisch entschieden die angemessenste, während die neuere Lehre unerträgliche Schwierigkeiten und Unbilligkeiten herbeizuführen geeignet ist, mit welchen „sich die Praxis wohl schwerlich jemals aussöhnen wird." Trotschke in Linde's Ztschr. XVIII. S. 117. Bei solcher Lage der Sache möchte es räthlicher gewesen seyn, es bei der bisherigen Praxis bewenden zu lassen.

b) Besondere Vorzugsrechte.

§. 385.

α) Privilegirte Pfandrechte.

Manchen Pfandrechten ist durch singulären Rechtssatz der Vorzug vor andern ohne Rücksicht auf die Zeit der Entstehung beigelegt:

ie heißen deshalb privilegirte Pfandrechte, während man die
ıicht bevorzugten einfache Pfandrechte nennt [1]. Privilegirt ist 1) das
Pfandrecht des Fiscus wegen rückständiger Steuern [a], sodann auch
vegen Contractsforderungen, aber hier nur bezüglich der nach dem
Contract erworbenen Güter [b]; 2) das Pfandrecht der Ehefrau we-
jen ihrer Dos [c], mit der nähern Bestimmung, daß ihre Erben nur,
venn sie ihre Kinder sind, desselben Vorzugs genießen [d]; 3) das
Pfandrecht für eine Forderung, welche für Erhaltung, Wiederher-
tellung oder Anschaffung der verpfändeten Sache contrahirt worden,
oweit die Verwendung zu diesem Zweck wirklich stattgefunden hat [e],
og. privilegium wegen in rem versio [2].

Treffen mehrere privilegirte Pfandrechte zusammen, so entscheidet
ınter ihnen wieder der Vorzug der Zeit. Jedoch hat das Pfandrecht
es Fiscus wegen rückständiger Steuern schlechthin den Vorzug vor
en übrigen [f], und unter mehreren nach Nr. 3. privilegirten Pfand-
echten an derselben Sache bestimmt sich der Vorzug nach dem An-
heil, welchen jeder Pfandgläubiger an der Erhaltung und dem jetzi-
en Bestande der Sache hat [g], so daß darnach gewöhnlich das jüngere
em ältern vorgehen wird [3].

Das Vorzugsrecht der privilegirten Pfandrechte erstreckt seine
Kraft nicht so weit, daß dadurch auch die von einem frühern Eigen-
hümer herrührenden Pfandrechte beeinträchtigt werden könnten [4].

Anm. [1] Vgl. Zimmern, geschichtliche Uebersicht der Pfandprivilegien, in
essen und Neustetels römischrtl. Unters. Abh. Nr. 11 — Ueber unerquickliche
Streitfragen bezüglich der einzelnen Pfandprivilegien, die man selbst gern auf-
opfern möchte, um sich jener zu entledigen, siehe die Litt. bei Bang. §. 386.
lnm. 1.

[2] Dieses Vorzugsrecht beruht auf einem guten Grunde: „huius enim pecunia
alvam fecit totius pignoris causam“ (L. 6. D. h. t.). Unbedenklich ist
asselbe dem Verkäufer, der sich für den creditirten Kaufpreis ein Pfandrecht an
em Kaufgegenstande vorbehält, gegenüber andern Gläubigern des Käufers ebenso-
ohl einzuräumen, als nach L. 7. D. u. L. 7. Cod. h. t. dem Darleiher des
kaufpreises. Das Pfandrecht, dem dieser Vorzug zukommt, kann ein gesetzliches
yn (§. 373. Anm. 2. a.), oder ein vertragsmäßiges.

[3] Puchta §. 211. not. f. — Gewöhnlich wird dem Dotalpfandrecht schlecht-
in der Vorzug vor dem wegen in rem versio gegeben. Aber nov. 97. cap. 3.

[a] L. 1. Cod. si propt. pub. pensit. 4. 46. [b] L. 28. D. de iure fisci. 49. 14. cf.
. 3. Cod. de primipilo. 12. 63. [c] L. 12. §. 1. Cod. h. t. 8. 18. Nov. 97. cap. 2...4.
Nov. 91. praef. cap. 1. [d] L. 3. §. 1. L. 5. 6. 7. pr. 21. §. 1. D. h. t. 20. 4. L. 7.
:od. eod. 8. 18. nov. 97. cap. 3. 4. [e] not. a. [f] arg. L. 5. 7. pr. D. h. t. 20. 4.

entscheidet nur, daß das Privilegium wegen versio in rem nicht gegen die ältere Hypothek der Ehefrau für die Dos wirken solle, jedoch nach cap. 4. ibid. mit Ausnahme eines nicht mehr praktischen Falles, das Darlehen zum Ankauf einer Militia betreffend. Vang. §. 386. Anm. 2. Puchta §. 211. not. h.

[4] Diese Beschränkung der Pfandprivilegien war früher in der Praxis allgemein anerkannt; man gab denjenigen, welche ihr Pfandrecht von einem frühern Eigenthümer ableiteten, ein Separationsrecht ex iure hypothecario gegenüber den Gläubigern des spätern Erwerbers, und nannte sie Pfandseparatisten. Leider ist aber diese der Billigkeit entsprechende Praxis alterirt worden durch Thibaut civ. Abh. Nr. 13., dem die Theoretiker fast alle beitraten: vgl. Spangenberg im civ. Arch. X. 6. Sie ist jedoch wieder vertheidigt worden von Hepp in Linde's Ztschr. IV. 3. (wogegen Thibaut im civ. Arch. XIV. 10.) und vorzüglich von Wächter im civ. Arch. XIV. 15., der nur darin zu weit gehen möchte, daß er auch dem Pfandrecht für Erhaltung oder Herstellung der Sache den Vorzug abspricht. Andere nehmen noch jetzt die entgegengesetzte Regel an, nur mit der jedenfalls unerläßlichen Ausnahme, daß das Pfandprivilegium wegen Aufschwemmung der Sache gegen die Pfandrechte aus der Zeit des frühern Eigenthümers zurück stehe. Vang. §. 385. — Streitig ist noch insbesondere, ob das vom bisherigen Eigenthümer vorbehaltene Pfandrecht vor den vom Erwerber eingeräumten den Vorzug habe? was auch im Verhältniß zu nichtprivilegirten Pfandrechten von Wichtigkeit wäre. Manche läugnen es, weil sie einen solchen Vorbehalt im eigentlichen Sinne, so daß das Eigenthum nur mit dem Pfandrecht belastet auf den neuen Erwerber übergienge, überhaupt für unmöglich halten; Büchel Erörter. I. 2. S. 73. fg. Vang. §. 385. a. E.; arg. L. 1. §. 4. L. 2. D. de reb. eor. 27. 9.: aber ohne genügenden Grund: Lang im civ. Arch. XXVIII. S. 382. vgl. Buchofen, auserwählte Lehren S. 143.

§. 386.

β) Vorzug der öffentlichen Pfandrechte.

Ein Pfandrecht, dessen Entstehung durch eine öffentliche oder eine von drei achtbaren und unbescholtenen Zeugen unterschriebene Urkunde dargethan wird, d. i. ein sogenanntes pignus publicum oder quasi publicum, soll vor andern mit geringerer Glaubwürdigkeit versehenen Pfandrechten ohne Rücksicht auf sonstige Prioritätsgründe den Vorzug haben.

Anm. Dieser Vorzug beruht auf einer Constitution von Leo, L. 11. Cod. qui pot. 8. 18. Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis necne, transigendi vel paciscendi seu foenerandi vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira graece appellantur, sive tota series earum manu contrahentium vel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quas

publice scriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. Der Keim eines guten legislativen Gedankens, der in diesem Gesetze liegt, ist in eine Saat von Controversen aufgegangen. Streitig ist: a) ob das Gesetz nur den Beweis des Datums der Pfandrechte durch Privaturkunden beschränke? Bang. §. 387. Glück XVIII. S. 292.; oder vielmehr ein wirkliches Vorzugsrecht öffentlicher Pfandrechte begründe? was die herrschende Meinung ist; sodann b) ob dasselbe auch dem nichtprivilegirten öffentlichen Pfandrechte vor dem privilegirten Privatpfandrecht den Vorzug gebe? Puchta §. 212.; oder nur bei der Collision von einfachen oder gleichprivilegirten Pfandrechten zur Anwendung komme? Thibaut civ. Abh. S. 124. fg. Seuffert §. 218.; c) ob das Gesetz sich nur auf die Collision vertragsmäßiger Pfandrechte untereinander beziehe? Puchta Vorles. §. 212. Mühlenbruch §. 306.; und insbesondere nur solcher, deren Bestellung schriftlich geschehen? Seuffert §. 218.; oder ob der Vorzug des pignus publicum auch bei der Collision mit andern, namentlich mit gesetzlichen Pfandrechten stattfinde? Löhr im civ. Arch. VI. 6. XII. 9. Dagegen Francke Beitr. Nr. 5.

§. 387.

2) Recht des vorgehenden Pfandgläubigers.

Der vorgehende Pfandgläubiger kann das Pfandrecht seinem ganzen Inhalt nach ungehindert ausüben; er kann die Pfandklage wie gegen jeden andern, so auch gegen alle nachstehenden Pfandgläubiger mit Erfolg anstellen und deren Pfandklage durch die Einrede des bessern Pfandrechts ausschließen [a]. Er kann auch den Verkauf des Pfandes seinem Interesse gemäß, ohne Rücksicht auf die nachfolgenden Gläubiger, mit vollem Erfolg vornehmen oder veranlassen [b], und dadurch selbst die Aufhebung der übrigen Pfandrechte an der Sache herbeiführen [c]. Dieses Recht der Priorität geht durch Uebertragung des Pfandrechts (§. 374.) auch auf denjenigen über, der in die Stelle des ersten Pfandgläubigers einrückt.

Anm. Hat ein Pfandgläubiger einem andern gegenüber durch rechtskräftiges Urtheil die Priorität erstritten, so bewirkt dies in seinem Verhältniß zu einem dritten Pfandgläubiger keine Aenderung. L. 16. D. qui pot. 20. 4. Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutychianae primum, deinde

[a] L. 12. pr. D. qui pot. 20. 4. [b] L. 8. Cod. qui pot. 8. 18. L. 1. Cod. cred. evict. 8. 46. L. 3. Cod. si antiqu. 8. 20. [c] L. 1. Cod. l. c.

Turboni, tertio loco alii creditori. Quum Eutychiana de iure suo doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non provocaverat, Turbo apud alium iudicem victus appellaverat: quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem (Hal. *primam conditione expulerat*), an ea remota Turbo tertium excluderet? Plane quum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit; fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere: mihi nequaquam hoc iustum esse videbatur. Pone, primam creditricem iudicio convenisse tertium creditorem, et exceptione aliove quo modo a tertio superatam: numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei iudicatae uti potest? aut contra: si post primum iudicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium (Vulg. *a tertio, vielleicht adversus tertium*) obtinuerat, poterit uti exceptione rei iudicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in eius locum, quem exclusit, nec inter alios res iudicata alii prodesse aut nocere solet, sed sine praeiudicio prioris sententiae totum ius alii creditori integrum relinquitur. Man will dieſe Stelle bloß von dem Falle verſtehen, wenn der Dritte als Beklagter ein obſiegliches Urtheil erhalten hat, das als bloß abſolvirend ihn nicht befuge, die Sache von dem erſten abzuholen; hätte er als Kläger geſiegt, ſo müſſe er in des erſten Stelle einrücken. Bang. §. 177. Dabei iſt überſehen, daß ja auch im erſten Falle, wenn der Dritte als Beklagter ſeine Priorität behauptete, über dieſe res iudicata gegeben ſeyn würde, derſelbe alſo allerdings die Sache von dem erſten abholen könnte, indem er deſſen Einrede der Prioritä durch replicatio rei iudicatae beſeitigt. arg. L. 19. D. de except. rei iud. 44. 2. Der „circulus inextricabilis“, der hieraus entſteht, kann übrigens dadurch beſeitigt werden, daß der Dritte den zweiten nach §. 388. abfindet. Buchofen I. S. 517. fg. (Unbegreiflich iſt nur, wie dieſer Gelehrte S. 517. Anm. l. behaupten mag, und durch L. 19. cit. beweiſen will, daß, wenn der ſpätere Gläubiger Beklagter geweſen ſey, ihm gegen den wieder zum Beſitze gelangten abgewieſenen Kläger keine replicatio rei iudicatae zur Seite ſtehe. Dies ſteht zudem mit ſeiner folgenden Erklärung der L. 16. cit. im Widerſpruch.)

§. 388.

3) Recht des nachſtehenden Pfandgläubigers.

Der nachſtehende Pfandgläubiger hat nicht bloß ein bedingtes, ſondern ein gegenwärtiges Recht [1], das er dritten Perſonen gegenüber jederzeit geltend machen kann [a]. Aber gegen den vorgehenden Pfandgläubiger iſt ſein Recht an der Sache unwirkſam [b]; es wird erſt vollkommen wirkſam, wenn dieſer abgefunden iſt [c]. Er kann

[a] L. 12. pr. §. 7. D. qui pot. 20. 4. [b] L. 12. §. 7. eod. [c] L. 1. Cod. qui pot. 8. 18. L. 9. §. 3. D. eod. 20. 4.

nicht mit Erfolg gegen dieſen, wohl aber dieſer gegen ihn die Pfandklage anſtellen [d]. Er iſt einſtweilen auch nicht befugt [2], die Sache zu verkaufen [e]; dem Käufer könnte die Sache durch den vorgehenden Pfandgläubiger mit der Pfandklage wieder entzogen [f] und jener dafür haftbar werden [g]; ja, er könnte wegen des Verkaufes nach Umſtänden ſelbſt als Entwender oder als ein ſolcher, qui dolo malo possidere desiit, vom beſſern Pfandgläubiger in Anſpruch genommen werden [h]. Allein er iſt 1) berechtigt, wenn der vorgehende Pfandgläubiger die Sache zum Verkaufe bringt, Herausgabe der nach Bezahlung der Pfandforderung deſſelben erübrigenden Summe des Kaufpreiſes (hyperocha) zu verlangen [i]. Er kann 2) nicht nur als Beklagter, wie jeder Beſitzer, die Pfandklage des vorgehenden Gläubigers durch Anerbieten der Zahlung von ſich abwenden [k], ſondern auch ſonſt den vorgehenden Pfandgläubiger durch vollſtändige Zahlung ſeiner Pfandforderung [l], nöthigenfalls durch Depoſition der Zahlung [m], ohne Rückſicht auf ſolche Forderungen, wegen deren derſelbe bloß ein Retentionsrecht hat [n], abfinden und dadurch ohneweiters in deſſen Forderung und Pfandrecht gleichwie durch Ceſſion eintreten, in locum eius succedere [o], um dann nach ſeinem Intereſſe den Verkauf vorzunehmen oder zu verſchieben [p]. Darin beſteht das ius offerendi des nachſtehenden Pfandgläubigers [3]. Der dritte, vierte Gläubiger u. ſ. w. kann dieſes Recht gegen alle vorgehenden ausüben und dadurch ſein urſprüngliches Pfandrecht der Colliſion mit jenen entziehen. Es findet auch noch ſtatt gegen den Pfandgläubiger oder Bürgen, welchem der Pfandſchuld wegen das Pfand kaufweiſe oder an Zahlungsſtatt überlaſſen iſt [r], nicht auch ſonſt gegen denjenigen, welchem durch rechtmäßigen Verkauf des vorgehenden Pfandgläubigers die Sache zugekommen iſt [s]. 3) Der nachſtehende Pfandgläubiger, dem eine Sache ſpeciell verpfändet iſt, kann der auf eine generelle Verpfändung gegründeten Pfandklage

[d] L. 12. pr. cit. [e] L. 8. Cod. qui pot. 8. 18. [f] L. 1. D. de distract. pign. 20. 5. cf. L. 34. §. 2. L. 35. D. de eviction. 21. 2. [g] L. 1. Cod. cred. vict. 8. 46. [h] L. 1. D. cit. cf. L. 16. §. 3. D. de pignor. 20. 1. [i] L. 12. §. 5. in f. D. qui pot. 20. 4. cf. L. 96. §. 3. D. de solut. 46. 3. [k] §. 378. not. l. cf. L. 11. §. 4. D. qui pot. [l] L. 20. D. eod. L. 5. Cod. eod. [m] L. 1. cod. eod. [n] L. 1. in f. Cod. etiam ob chirograph. 8. 7. (§. 377.). [o] L. 12. §. 6. 9. 16. D. eod. L. 22. Cod. de pign. 8. 14. L. 4. Cod. de his qui in prior. 8. 19. L. 5. pr. D. de distr. pign. 20. 5. L. 8. Cod. eod. [q] arg. L. 16. D. qui pot. 20. 4. §. 5. §. 1. D. de distr. pig. 20. 5. [r] L. 2. D. l. c. L. 1. Cod. si antiquior. 8. 20. L. 5. D. l. c.

des vorgehenden Gläubigers die ſog. exceptio excussionis realis entgegenſetzen [t].

Anm. [1] Gegen die abweichende, hauptſächlich durch L. 9. §. 3. D. qui pot. veranlaßte, Anſicht von Geſterding S. 107. fg. 244. fg. vgl. Bachofen S. 485. fg.

[2] Beſonderes gilt, wenn eine bereits verpfändete Sache iudicati causa zu Pfand genommen iſt. L. 15. §. 5. D. de re iud. 42. 1. — Daß auch der nachſtehende Pfandgläubiger regelmäßig die Verkaufsbefugniß habe, wird behauptet von Bopp in Linde's Ztſchr. III. 12. im civ. Arch. XV. S. 350. fg. (dagegen Löhr im civ. Arch. XIV. 7. Sintenis Hdb. S. 653. fg.); in anderer Art von Bachofen S. 487. fg. (dagegen Keller in krit. Jahrb. XI. S. 1010.).

[3] Streitig iſt, ob auch der vorgehende Pfandgläubiger gegen den nachſtehenden das ius offerendi habe? arg. Pauli sentt. II. 13. §. 8. Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest. Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit. Bang. §. 377. Anm. 1.

IV. Endigung des Pfandrechts [a].

A. Aus Gründen allgemeiner Art.

§. 389.

Das Pfandrecht muß 1) als dingliches Recht aus denjenigen Gründen erlöſchen, welche überhaupt den Verluſt dinglicher Rechte bewirken [b]; es muß 2) als Recht an einer fremden Sache aufhören durch Confuſio, d. i. dadurch, daß ſich Pfandrecht und Eigenthum der verpfändeten Sache in einer Perſon vereinigen [c]. Nach der Natur der Sache verſteht ſich von ſelbſt, daß eine Sache, die dem Gläubiger ſelbſt gehört, dieſem nicht den Zweck des Pfandrechts erfüllen kann. Inſofern jedoch das Pfandrecht im Verhältniß zu andern nachſtehenden Pfandgläubigern Vortheile gewährt, welche das Eigenthum nicht gibt, iſt es vollkommen angemeſſen, dem bisherigen Pfandgläubiger dieſe auch nach dem Eigenthumserwerbe noch zu erhalten, und ſo das unbillige Ergebniß abzuwenden, daß er, ohne für ſeine Forderung befriedigt zu ſeyn, durch den Eigenthumserwerb

[t] L. 2. Cod. de pignor. 8. 14. cf. §. 378. Anm. 4.

[a] Dig. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. 20. 6. [b] §. 127. 128. cf. α) L. 8. pr. D. h. t. L. 18. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. L. 1. Cod. si pign. pignor. 8. 24. β) L. 3. D. h. t. [c] L. 20. §. 3. L. 29. D. de pign. act. 13. 7. L. 30. in f. D. de except. rei iud. 44. 2. cf. L. 33. §. 5. D. de usucap. 41. 3. L. 45. D. de R. J. cf. §. 194. not. c.

des Vorzugs vor andern Pfandgläubigern und in Folge davon wieder des erworbenen Eigenthums verlustig werde[d].

Anm. In dem Fall der not. d. fordert die Billigkeit 1) daß dem Eigenthümer gegen die hypothecaria actio der nachstehenden Pfandgläubiger eine Einrede gegeben werde, gegründet auf das ihm zugestandene bessere Pfandrecht, nach L. 12. pr. D. qui pot.; 2) daß ihm gegen diese auch, wenn sie im Besitze, eine wirksame Klage zukomme. Dazu könnte die rei vindicatio dienen mit doli replicatio gegen die Einrede des Pfandrechts. Allein die Formel der hypothecaria actio war so beschaffen, daß auch diese noch buchstäblich paßte, und so erklärte man zu jenem Zweck diese noch für zulässig, trotzdem, daß das Pfandrecht durch Confusio erloschen sey. Dies sagt die L. 30. §. 1. D. de except. rei iud. (Paul. lib. 14. quaest.). Latinus Largus: Cum de hereditate inter Maevium, ad quem pertinebat, et Titium, qui controversiam moverat, transigeretur, traditio rerum hereditariarum Maevio heredi a Titio facta est: in qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo eiusdem Maevii heredis obligaverat, quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit; his gestis posterior Titii creditor ius suum persecutus est et obtinuit; post hoc iudicium Maevius heres reperit in rebus avitis chirographum eiusdem Titii ante multos annos conscriptum, per quod apparuit, eum fundum qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio fuisse obligatum. Quum ergo constet, prius avo Maevii heredis in obligationem eum fundum datum, de quo Maevius superatus est, quaero, an ius avi sui, quod tunc, quum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita exsequi possit? Respondi: Si de proprietate fundi litigatum et secundum actorem pronuntiatum fuisset (Flor. *fuisse*), diceremus, petenti ei, qui in priore iudicio victus est, obstituram rei iudicatae exceptionem, quoniam de eius quoque iure quaesitum videtur, quum actor petitionem implet. Quodsi possessor absolutus amissa possessione eundem ab eodem, qui prius non obtinuit, peteret, non obesset ei exceptio; nihil enim in suo *(illo?)* iudicio de iure eius statutum videretur. Quum autem pignoratitia actum est adversus priorem creditorem, potest fieri, ut de iure possessoris non sit quaesitum, quia non, ut in proprietatis quaestione, quod meum est, alteriùs non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probavit sibi teneri: et probabilius dicitur, non obstare exceptionem, quoniam de iure possessoris quaesitum non est, sed de sola obligatione. In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio adquisito? neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. Actio tamen pignoratitia competit; verum est enim, et pignori datum et satisfactum non esse. Quare puto, non obstare rei iudicatae exceptionem. Cf. Basil. LI. 2. cap. 27. (ed. Heimb. V. pag. 91.):

[d] L. 30. §. 1. cit. cf. L. 1. Cod. si antiquor. 8. 20. §. 374. not. e. h.

καὶ δὲ τοῦ προκειμένου ϑέματος περιποιηϑείσης μοι τῆς δεσποτείας τοῦ ἀγροῦ, ἡ μὲν ὑποϑήκη λύεται, ἡ δὲ περὶ τῆς ὑποϑήκης ἀγωγὴ σώζεται, ἐπειδὴ καὶ τὸ ἐνέχυρον ἐδόϑη καὶ τὸ χρέος οὐ κατεβλήϑη. — An diese Stelle vorzüglich knüpft sich die lebhafte Streitfrage: inwiefern Jemand an eigener Sache ein Pfandrecht haben könne? S. die Litt. bei Sintenis Pfandr. §. 17. Bachofen I. S. 84. fg. und dazu Keller in krit. Jahrb. S. 989...996. Viele nehmen an, daß diese theilweise Fortwirkung des bessern Pfandrechts nur stattfinde, wenn der Gläubiger, unbekannt mit seinem Pfandrechte oder mit der Existenz nachfolgender Pfandrechte, das Eigenthum erworben habe; z. B. Francke Abh. Nr. 2. Sintenis S. 113. Bang. §. 392. Puchta Vorles. §. 202. Die von Francke dafür angeführte L. 9. pr. D. h. t. gehört aber gar nicht hieher (§. 390. Anm. 1.) In L. 30. §. 1. cit. wird die Unbekanntschaft mit dem Pfandrecht „tunc, quum de eodem fundum ageretur“ nur hervorgehoben, weil daraus hervorging, daß de eo iure quaesitum non erat. In der Sache selbst liegt kein Grund für diese Beschränkung. Auch erhält L. 1. Cod. 8. 20. dem Gläubiger, welcher die Pfandsache kauft, den Schutz der Priorität gegen die hypothecaria actio des nachstehenden Pfandgläubigers, ohne eine solche Beschränkung anzudeuten (§. 392. Anm. 1.). Die Annahme des „monstrosen Begriffs eines Pfandrechts an der eigenen Sache“ (Puchta §. 202. not. l.) ist weniger tadelnswerth als die aus bloßer logischer Consequenzmacherei hervorgehende Verkennung oder willkürliche Beschränkung eines praktisch angemessenen und dem wahren Rechte ganz entsprechenden, darum wahrhaft consequenten Rechtssatzes. Vgl. auch Rudorff zu Puchta's Vorles. §. 202. a. E.

§. 390.

Das Pfandrecht hat noch andere Erlöschungsgründe mit andern Rechten gemein, wenn gleich zum Theil besonders bestimmt. Dahin gehört 1) der Verzicht, remissio pignoris [a], der auch stillschweigend erklärt werden kann, z. B. durch Rückgabe des Pfandes oder der Pfandverschreibung [b], oder durch erklärte vorbehaltlose Einwilligung zur Veräußerung [c] des Pfandes [d], unter Umständen durch bloßes Stillschweigen dazu [d], oder durch Einwilligung zu weiterer Verpfändung, wenn nicht bloß dem neuen Pfandrecht die Priorität eingeräumt werden soll [e]; 2) Ablauf der Zeit, für welche das Pfandrecht bestellt war [f]; 3) Verjährung, nach folgenden Bestimmungen: a) wer die verpfändete Sache zu Eigenthum oder auf eine zur ordentlichen Ersitzung genügende Weise, nicht als Erbe des Verpfänders, erworben hat und bezüglich des darauf haftenden Pfandrechts in guter

[a] L. 8. §. 1...18. D. h. t. 20. 6. Cod. de remissione pignoris. 8. 26. [b] L. 7 Cod. h. t. 8 26. [c] L. 4. §. 1. L. 8. §. 6...15. D. h. t. L. 158. D. de R. J. L. 2 Cod. l. c. [d] L. 1. 6. 8. Cod. eod. [e] L. 9. §. 1. L. 12. pr. D. h. t. L. 12. § 1 D. qui pot. 20. 4. [f] L. 6. pr. D. h. t.

Glauben ist, erlangt durch zehn- oder zwanzigjährigen Besitz, je nachdem er mit dem Pfandgläubiger in derselben Provinz wohnt oder nicht [g], die Befreiung vom Pfandrecht [h]; b) dieselbe Folge hat der zur außerordentlichen Ersitzung geeignete Besitz von 30 oder 40 Jahren [i], unter der gleichen Voraussetzung, daß der Besitzer das Pfandrecht nicht kannte [2]; c) die Pfandklage verjährt zudem gegen den Pfandschuldner selbst und dessen Erben in 40 Jahren; gegen den nachstehenden Pfandgläubiger, wie umgekehrt das ius offerendi des letzten gegen den vorgehenden, bei Lebzeiten des Pfandschuldners ebenfalls in 40 Jahren, vom Tode desselben an, wenn auf Einrechnung der bereits verflossenen Verjährungszeit verzichtet wird, in 30 Jahren; gegen andere Besitzer regelmäßig ebenfalls in 30 Jahren [k]; doch ist die heutige Anwendung dieser Bestimmungen durch das canonische Recht (§. 109.) sehr alterirt worden [3].

Anm. [1] Einen Fall dieser Art enthält L. 9. pr. D. h. t. Titius Sempronio fundum pignori dedit, et eundem fundum postea Gaio Seio pignori dedit, atque ita idem Titius Sempronio et Gaio Seio fundum eundem in assem vendidit, quibus pignori ante dederat in solidum singulis. Quaero, an venditione interposita ius pignoris extinctum sit, ac per hoc solum ius emtionis apud ambos permanserit? Modestinus respondit, dominium ad eos, de quibus quaeritur, emtionis iure pertinere; quum consensum mutuo venditioni dedisse proponantur, invicem pignoratitiam actionem eos non habere. Der Grund der Erlöschung beider Pfandrechte liegt hier nicht in der Confusio (§. 389.), obgleich auch diese pro parte eingetreten, sondern in der durch den gemeinschaftlichen Kauf beiderseits erklärten Einwilligung zur Veräußerung; hätte noch ein dritter ein schlechteres Pfandrecht an derselben Sache, so stände die Stelle der Möglichkeit der pignoratitia actio gegen diesen nach §. 389. Anm. nicht im Wege; nur *invicem* pignoratitiam actionem non habent.

[2] Vgl. Schmitthenner über die Ersitzung der Pfandfreiheit in Schäffer's Arch. für pract. Rtsw. I. 6. Verwerflich ist die Meinung, daß die Eigenthumsersitzung, wenigstens die unbeweglicher Sachen, an sich die Erlöschung des Pfandrechts mit sich bringe (z. Mühlenbruch §. 257. not. 10. 264. not. 2.), so wie die, daß der langjährige Besitz nur eine Verjährung der Pfandklage bewirke (z. B. Seuffert §. 221.) Die Ersitzung der Pfandfreiheit hat ihre eigenen Voraussetzungen und kann ohne die Eigenthumsersitzung sowie diese ohne jene eintreten, zweifelhaft

[g] L. 12. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. [h] Cod. si adversus creditorem praescriptio opponatur. 7. 36. L. 5. §. 1. L. 12. D. de div. temp. 44. 3. L. 7. 14. Cod. de O. et A. 4. 10. L. 19. Cod. de evict. 8. 45. L. 8. pr. Cod. de praescript. 30. vel 40. ann. 7. 39. cf. L. 44. §. 5. D. de usucap. 41. 3. L. 1. §. 2. D. de pignor 20. 1. L. 7. Cod. de pign. 8. 14. §. 157. Anm. 6. [i] L. 8. §. 1. Cod. l. c. [k] L. 7. pr. .. §. 3. Cod. l. c. cf. L. 3. eod.

jedoch, ob sie auch früher als die Eigenthumsersitzung zu Gunsten des noch nicht Eigenthümer gewordenen redlichen Erwerbers vollendet werden könne, was Schmidt henner S. 107. (wohl mit Unrecht) verneint.

[a] Unbedenklich ist, bei fortdauerndem guten Glauben, die heutige Anwendung von a) und b), desgleichen nach c) die Verjährung unter Pfandgläubigern. Für unmöglich erklären manche jetzt die Verjährung gegen den Verpfänder selbst und dessen Erben; aber, wenn man auch das Erforderniß der bona fides auf alle Klagen oder doch auf alle dinglichen Klagen ausdehnt (§. 109 Anm. b...d.), so kann ja der Erbe des Verpfänders und dieser selbst den Besitz der Sache in dem guten Glauben, daß das Pfandrecht getilgt sey, erlangen oder wieder erlangen, und so 40 Jahre lang besitzen. — Uebrigens läßt L. 7. §. 1. Cod. 7. 39. dem Zweifel Raum, ob sie nur auf den Schuldner, der zugleich der Verpfänder ist, zu beziehen sey? oder auch auf den Schuldner, der dies nicht ist? oder auf den Verpfänder, wenn er auch nicht der Schuldner ist? Gewöhnlich wird in pfandrechtlichen Erörterungen unter dem debitor zugleich der Verpfänder gedacht.

B. Aus besondern pfandrechtlichen Gründen.

§. 391.

1) Tilgung der Pfandforderung.

Das Pfandrecht muß seiner Natur nach erlöschen, wenn der Zweck, dem es dienen soll, weggefallen ist, d. h., wenn die Forderung zu deren Sicherung es gegeben ist, ihrem ganzen Inhalte nach [a] völlig getilgt ist [b], auch wenn diese Wirkung nur per exceptionem stattfindet [c]. Wenn aber trotzdem, daß die Forderungsklage ipso iure oder per exceptionem aufgehoben worden, noch ein Rechtsanspruch des Gläubigers bestehen bleibt, so bleibt auch das Pfandrecht noch bis zu dessen Befriedigung bestehen [d].

Anm. L. 2. Cod. h. t. Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota. L. 14. §. 1. D. 20. 1. Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit. Einen besondern Fall dieser Art enthält L. 59. pr. D. 36. 1. (Paul. lib. 4. quaest.) Debitor suo pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae (id est, testatoris); cum nollet adire ut suspectam, coactus iussu praetoris adiit et restituit; cum emtorem pignoris non invenire-

[a] L. 19. D. de pignor. 20. 1. L. 2. Cod. deb. vend. pign. 8. 29. L. 1. Cod. de luitione pignoris. 8. 31. cf. §. 369. [b] L. 6. pr. D. h. t. 20. 6. L. 11. §. 1. 5. D. de pign. act. 13. 7. L. 3. Cod. h. t. 8. 31. L. 43. D. de solut. 46. 3. cf. §. 357. Anm. a. [c] L. 5. pr. L. 13. D. h. t. 20. 6. cf. L. 5. §. 3. eod. [d] L. 2. Cod. h. t. 8. 31. L. 14. §. 1. D. de pignor. 20. 1. cf. L. 59. pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 38. §. 2. D. de solut. 46. 3. (cf. §. 357. Anm. 1.) L. 13. §. 4. L. 27. D. de pignor. 20. 1. L. 29. D. de novat. 46. 2.).

desiderabat permitti sibi, iure dominii id possidere. Respondi: Aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem, sive non possidet, videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pignoratitia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur, quod eveniret, si nullum pignus intercessisset; possidet enim eam rem quasi creditor. Sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit; verum est enim, non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. Vgl. darüber Francke Abh. S. 86. fg. Büchel Erörter. I. S. 49. fg. — Die römischen Juristen argumentirten aus den Worten der Formula der Pfandklage: *eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse, neque per A. A. stare, quominus solvatur satisve fiat* (vgl. §. 378. Anm. 1.), indem sie unter die Worte *satisfactum esse* die verschiedenartigsten Tilgungsgründe der Forderung und des Pfandrechts subsumirten (not. b. d.). Wo nun ein Rechtsanspruch des Gläubigers noch anerkannt werden mußte, da erklärten sie, *quia neque solutum neque satisfactum est*, die hypothecaria actio noch ohneweiters für anwendbar, wenn gleich die Forderungsklage nicht mehr oder wie im Falle der L. 59. cit. nur mittels einer Restitution noch stattfand. Dies war die formelle Weise, dem materiell anzuerkennenden Rechte Geltung zu verschaffen. Es ist ungegründet, wenn man daraus das Princip ableitet: daß die Pfandklage überall da noch fortdauere, „wo ohne Befriedigung des Gläubigers die Erlöschung der Forderung durch einen außer dem Willen des Gläubigers, also in rechtlicher Nothwendigkeit liegenden Umstand herbeigeführt wurde." Büchel Erörter. I. S. 50. Darnach würde z. B. auch in den Fällen der §. 274. 277. not. a...c. die Fortdauer des Pfandrechts zu behaupten seyn; vgl. §. 357. Anm. 3. a. E.

§. 392.

2) Verkauf des Pfandes.

Das Pfandrecht hört endlich auf, wenn das Pfand seinen Zweck erfüllt hat. Durch den rechtmäßig abgeschlossenen und vollzogenen Verkauf des Pfandes [1] wird nicht nur das Pfandrecht des verkaufenden Pfandgläubigers selbst, sondern auch das aller nachstehenden Pfandgläubiger an dem verkauften Pfandgegenstande aufgehoben [a], während der Verkauf durch den Eigenthümer diese Wirkung nicht hat [b], wenn er auch [c] an den ersten Pfandgläubiger selbst verkauft [2].

[a] L. 6. Cod. qui pot. 8. 18. L. 1. Cod. si antiquior. 8. 20. L. 6. 7. Cod. de O. et A. 8. 10. cf. §. 387. 388. [b] L. 10. Cod. de remiss. pign. 8. 26. [c] L. 1. Cod. cit.

Anm. [1] Vgl. Platner im civ. Arch. XXXII. 4. L. 1. Cod. 8. 20. S. vendidisset, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio ademta est, quam si alii easdem res debitor vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.

[2] Vermöge singulärer Rechtsvorschrift hat auch der Verkauf des Pfandes durch einen Andern als den erstberechtigten Pfandgläubiger die Aufhebung der Pfandrechte zur Folge: a) nach §. 127. Anm. 3., wenn der Fiscus oder der Regent eine Sache als pfandfreie verkauft, b) nach L. 22. §. 6...8. Cod. de iure delib. 6. 30., wenn der Erbe, welcher mit dem beneficium inventarii angetreten hat, zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer Sachen der Erbschaft verkauft hat; die beeinträchtigten Pfandgläubiger haben sich hier an die dadurch befriedigten Gläubiger und Legatarien zu halten.

Viertes Buch.

Von den Familienverhältnissen.

Erstes Capitel.

Von der Ehe.

§. 393.

I. Wesen der Ehe. Entstehung und Ende [a].

Ehe ist die rechtlich anerkannte Verbindung eines Mannes und eines Weibes zu vollkommener Lebensgemeinschaft [b]. Sie ist ihrem Wesen nach ein natürlich-sittliches Verhältniß [1], das nur zugleich eine wichtige juristische Bedeutung hat, und daher auch juristischen Bestimmungen unterliegt. Das römische Recht enthält sich jedoch näherer Bestimmungen über die gegenseitigen Pflichten der Ehegatten, die sich aus dem sittlichen Wesen der Ehe ergeben. Es anerkennt nur diesem entsprechend bestimmte rechtliche Folgen derselben. Die Frau theilt Stand und Wohnort des Gatten [c]. Sie soll dem Manne folgen; dieser hat daher gegen jeden, der sie zurückhält, das interdictum de uxore exhibenda ac ducenda [d]. Der Mann

[a] Inst. de nuptiis. 1. 10. — Dig. de sponsalibus. 23. 1. de ritu nuptiarum. 23. 2. de divortiis et repudiis. 24. 2. — Cod. de sponsalibus et arris sponsalitiis et proxeneticis. 5. 1. de nuptiis. 5. 4. de incestis et inutilibus nuptiis. 5. 5. de interdicto matrimonio inter pupillum et tutorem seu curatorem filiosque eorum. 5. 6. si quacunque praeditus potestate vel ad eum pertinentes ad suppositarum iurisdictioni suae adspirare tentaverint nuptias. 5. 7. si nuptiae ex rescripto petantur. 5. 8. de repudiis et iudicio de moribus sublato. 5. 17. de raptu virginum seu viduarum nec non sanctimonialium. 9. 13. [b] L. 1. D. de ritu nupt. 23. 2. §. 1. J. de patr. pot. 1. 9. [c] L. 13. Cod. de dignit. 12. 1. L. 22. §. 1. L. 38. §. 3. D. ad municip. 50. 1. §. 40. not. c. cf. Vat. fragm. §. 104. [d] L. 2. D. de lib. exhib. 43. 30. L. 11. Cod. de nupt. 5. 4.

gilt als Beschützer der Frau; es wird daher in Processen als deren vermuthlicher Bevollmächtigter zugelassen [e]. Beleidigungen gegen die Frau berechtigen auch den Mann in eigenem Namen zur Injurienklage [f]. Die Innigkeit des ehelichen Verhältnisses schließt ehrenrührige und Strafklagen unter den Ehegatten aus [g], befreit dieselben vom Zeugniß gegeneinander [h], und begründet unter ihnen die Rechtswohlthat der Competenz [i].

Von erheblicher juristischer Bedeutung sind die Rechtsvorschriften über Eingehung und Endigung der Ehe. Allein in dieser Beziehung ist heutzutage das römische Recht nicht mehr entscheidend: die Lehre davon ist, vom Standpunkt des gemeinen Rechts angesehen, wesentlich eine kirchenrechtliche.

Was dagegen den Einfluß der Ehe in vermögensrechtlicher Beziehung betrifft, so sind die betreffenden Grundsätze des römischen Rechts im Ganzen als noch heutzutage geltendes gemeines Recht anzusehen, wenn gleich gerade in dieser Lehre tiefeingreifende particularrechtliche Abweichungen besonders häufig vorkommen.

Anm. [1] Die Römer definiren: Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio (L. 1. D. h. t. 23. 2.), coniunctio individuam vitae consuetudinem continens (§. 1. J. 1. 10.); cf. can. 3. §. 1. C. 27. qu. 2. Individua vero vitae consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, et e converso. Die affectio maritalis, das honore pleno diligere, unterscheidet die Ehe von dem bei den Römern auch als erlaubte Geschlechtsverbindung üblichen Concubinat. L. 3. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 31. pr. D. de donat. 39. 5. L. 16. §. 1. D. de his quae ut indign. 34. 9. cf. Dig. de concubinis. 25. 7. Cod. 5. 26.

[2] Die Grundsätze des heutigen Rechts über die Voraussetzungen einer gültigen Ehe, deren Eingehung und Auflösung, sind verschieden für die verschiedenen christlichen Confessionen. Die Hauptquellen für das katholische Eherecht sind a) im Decretum Gratiani die causae 27. bis 36., wo jedoch in C. 33. qu. 3. der tractatus de poenitentia eingeschoben ist, b) in den spätern Decretalensammlungen je das 4. Buch, c) Concilii Trident. (sessio 24.) doctrina de sacramento matrimonii can. 1...12., decretum de reformatione matrimonii cap. 1...10. Das protestantische Eherecht hat seine nähere Bestimmung durch Particulargesetzgebung erhalten. Vgl. Walter's Kirchenrecht §. 294...324. Richter's Kirchenrecht §. 248...273.

[e] L. 21. Cod. de procurat. 2. 13. [f] L. 2. D. de iniur. 47. 10. §. 339. [g] L. 2. Cod. rer. amot. 5. 21. L. 1. in f. Cod. de iure dot. 5. 12. [h] arg. L. 10. pr. D. de grad. 38. 10. [i] L. 20. D. de re iud. 42. 1. §. 225. Anm. 2.

II. Einfluß der Ehe auf das Vermögen.

§. 394.

Dem sittlichen Begriff der Ehe[a] entspricht es, daß die Ehegatten auch ihr Vermögen als gemeinschaftliches Gut betrachten. Aber der Ehe ist nicht eine solche mit der Kraft rechtlicher Nothwendigkeit wirkende vermögensrechtliche Folge gegeben. Das römische Recht geht vielmehr davon aus, daß das Vermögen der Ehegatten an sich juristisch getrennt bleibe, die Ehe an und für sich in dem Vermögensstande der Ehegatten eine Aenderung nicht bewirke. Nun gibt es aber ein eigenthümliches Vermögensverhältniß, welches den Zweck erfüllt, dem Manne, als welchem zunächst es obliegt, die Kosten des ehelichen Haushalts zu bestreiten[b], einen Beitrag dazu von der andern Seite auch juristisch zu sichern. Dies ist Dos, Heirathsgut; was die Frau sonst an eigenem Vermögen hat und behält, heißt im Gegensatz davon Paraphernalgut, bona parapherna, d. i. extra dotem. Der Dos entspricht dagegen als eine Vermögensgabe von Seiten des Mannes die donatio propter nuptias. Beide Vermögensverhältnisse entstehen nicht durch die Ehe unmittelbar, sondern durch einen besondern Act, der sich nur auf die Ehe bezieht. Außerdem aber gibt es gewisse vermögensrechtliche Wirkungen, die nach Rechtsvorschrift in Folge der Ehe eintreten.

Anm. Eine neue Bearbeitung dieser Lehre war begonnen von J. Chr. Hasse, das Güterrecht der Ehegatten, Bd. 1. Berlin 1824., ist aber unvollendet geblieben. Keinen Ersatz dafür bietet Tigerström, das R. Dotalrecht. 2 Bde., Berlin 1831. 32. Vgl. noch Heimbach, Art. Brautgabe, im Ktslex. II. S. 398...464.

A. Die Dos[a].

§. 395.

1) Begriff.

Dos (Heirathsgut, Brautschatz, Brautgabe) ist ein Gut, welches von Seiten der Frau oder für dieselbe von einem Andern dem Vermögen des Mannes eingebracht wird, als ein Capital, durch dessen Genuß demselben für die Dauer der Ehe ein fortwährender

[a] §. 393. Anm. 1. [b] L. 20. §. 2. L. 46. D. fam. erc. 10. 2. L. 56. §. 1. 2. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 22. §. 8. D. soluto matr. 24. 3. L. 21. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1.

[a] Dig. de iure dotium. 23. 3. Cod. 5. 12.

Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Haushalts gewährt wird, das aber nach Beendigung der Ehe, wenigstens für gewisse Fälle, wieder zurückzugeben ist. Durch dieses Merkmal unterscheidet sich die Dos von einer Gabe an den Mann, durch welche, wenn auch aus Anlaß der Ehe, dessen Vermögen schlechthin und ohne Verbehalt vermehrt wird. Dieses wäre eine bloße Schenkung an den Mann, aus Anlaß der Ehe; die Bestellung der Dos ist keine Schenkung [b]. Wesentlich aber ist auch zum Daseyn der Dos eine Vermehrung des Vermögens des Mannes [c], so wie das Bestehen einer Ehe, deren Bedürfniß sie zu dienen bestimmt ist [d].

Anm. L. 76. D. h. t. Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio. Nam et si in tempus, quo ipse moreretur, promisisset, obligaretur.... Non idem dicendum est in persona mulieris, si mulier mortis suae causam dotem promiserit; quia *nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.* cf. L. 20. eod. Julianus scribit valere talem stipulationem: *cum morieris, dotis nomine tot dari?* quia et pacisci soleant, ne a viva exhibeatur. Quod non esse simile accepit: aliud est enim differre exactionem, aliud ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit.

§. 396.

2) Dotationsverbindlichkeit.

Eine Verbindlichkeit, die Frau mit einem Heirathsgute auszustatten, kann durch Vertrag oder Vermächtniß zu Gunsten derselben begründet seyn [a]. Gesetzlich ist dazu verpflichtet 1) der Vater oder väterliche Großvater [b], im Nothfall 2) auch die Mutter [c], 3) der Verführer einer Jungfrau [d], falls er diese nicht selbst ehelichen kann und will. Die Größe der Verbindlichkeit ist nach billigem Ermessen [e], mit Rücksicht auf den Stand der Ehegatten, und in den beiden ersten Fällen auch auf das eigene Vermögen der Tochter sowie das der Verpflichteten zu bestimmen, nach Analogie der Alimentationsverbindlichkeit (§. 348.). Der Anspruch auf Dotation steht der Frau

[b] L. 21. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 19. D. de O. et A. 44. 7. [a] L. 7. §. 3. D. h. t. 23. 3. L. 21. §. 4. D. ad municip. 50. 1. cf. L. 47. §. 6. D. de peculio. 15. 1. [d] L. 3. 21. D. h. t. cf. L. 20. 76. eod.

[e] L. 77. §. 9. D. de legat. II. [b] L. 19. D. de ritu nupt. 23. 2. L. 7. Cod. de dot. promiss. 5. 11. [c] L. 14. Cod. h. t. 5. 12. cf. L. 19. §. 1. Cod. de haeret. 6. 1. [d] cap. 1. X. de adult. 5. 16. [e] L. 60. 69. §. 4. 5. D. h. t. 23. 3. L. 43. D. de legat. II.

zu, nicht dem Manne; jene kann aber diesem durch Abtretung ihres Anspruchs eine Dos wirklich bestellen, und die Verpflichteten genügen ihrer Verbindlichkeit durch Bestellung einer angemessenen Dos an den Mann.

Anm. [1] Die Dotationspflicht der väterlichen Ascendenten beruht nach not. b. auf der lex Julia de maritandis ordinibus. Eine alte Streitfrage ist es, ob sie auch gegen die emancipirte Tochter bestehe? Sie ist zu bejahen, arg. L. 7. Cod. 5. 11. „omnino paternum esse officium, dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie.“ cf. L. 1. §. 10. D. si quid in fraud. patr. 38. 5. nov. 97. cap. 5.

[2] Von der Mutter heißt es (not. c.): Neque mater pro filia dotem dare cogitur, nisi ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa. Es findet sich nur eine causa expressa: Häresie der Mutter, wenn die Tochter rechtgläubig ist; und diese ist unpraktisch.

[3] Manche behaupten auch eine Dotationspflicht der Geschwister mit Ausnahme der uterini, arg. L. 12. §. 3. D. de adm. tut. 26. 7. Sed non dabit (tutor) dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non potuit; nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est. Das arg. a. contrario würde höchstens ergeben, daß die Dotation der soror eodem patre nata non ex tali liberalitate fit, quae arbitrio pupilli servanda est. Vgl. §. 348. Anm. 3. Puchta §. 317. not. d. „durch den Zusatz *alio patrae natae* will der Jurist nur erklären, wie es kommen mag, daß der Bruder reich, die Schwester arm ist.“

[4] Dem Verführer gebietet das canonische Recht eigentlich: *et duc et dota*; die Praxis begnügt sich mit dem alternativen: *aut duc aut dota*.

[5] Das Rechtsmittel zur Geltendmachung des gesetzlichen Dotationsanspruchs war nach R. R. eine extraordinaria cognitio (L. 19. D. 23. 2. Hasse S. 347. fg.). Die neuere Terminologie nennt es condictio ex lege. Entschieden unrichtig ist es, darauf die actio ex stipulatu der L. un. Cod. de rei ux. act. 5. 13. anzuwenden (Mühlenbruch §. 324. not. 3. 4.).

[6] Manche halten vor Allen die (vermögende) Frau selbst zur Bestellung einer Dos gesetzlich verpflichtet: arg. L. 32. §. 2. D. de cond. indeb. 12. 6. (§. 341. Anm. 2.). Diese Stelle beweist aber das Gegentheil; und auch L. un. §. 1. Cod. de raptu virg. 9. 13. setzt keine solche Verpflichtung fest. Vgl. Puchta §. 317. a. E. „eine Pflicht der Frau, sich zu dotiren, ist eine Absurdität.“ — Ungegründet ist auch die Meinung (Mühlenbruch §. 324. not. 8.), daß die Frau zur Geltendmachung oder Uebertragung ihres gesetzlichen Dotationsanspruchs an den Mann gezwungen werden könne, wenn sie sich diesem nicht dazu verpflichtet hat.

[7] Die pflichtmäßig bestellte Dos heißt in der neueren Terminologie dos necessaria, die freiwillig bestellte dos voluntaria.

3) Beſtellung der Dos.

§. 397.

a) Dotalverſprechen [a].

Die Beſtellung der Dos geſchieht durch jeden Act, der das Vermögen des Mannes dotis causa vermehrt. Eine Vermögensmehrung liegt aber ſchon in dem Erwerb einer Forderung; daher wird durch das dem Manne zu dieſem Zweck [b] geleiſtete Verſprechen, promissio dotis [1], eine Dos ſchon wirklich beſtellt [c]. Das Verſprechen iſt gültig auch ohne nähere Beſtimmung des Gegenſtandes, bei Dotationspflichtigen (§. 396.) ſchlechthin nach Maßgabe ihrer Dotationspflicht [d], bei andern Perſonen [2] als Verſprechen nach billigem Ermeſſen [e]. Das Verſprechen begründet für den Mann eine Klage auf Erfüllung, ex stipulatu actio [f], jedoch mit dem Charakter einer bonae fidei actio, zugleich geſichert durch ein geſetzliches Pfandrecht am Vermögen des Verpflichteten [g]. Auf Früchte und Zinſen des verſprochenen Gegenſtandes erſtreckt ſich die Klage regelmäßig erſt nach Ablauf von zwei Jahren ſeit Eingehung der Ehe und von dieſem Zeitpunkte an [h].

Anm. [1] Ulp. VI. §. 1. Dos aut datur aut dicitur aut promittitur. Die promissio dotis war ein Verſprechen in Stipulationsform, die dotis dictio eine beſtimmte feierliche Zuſage (von Seiten der Frau ſelbſt, ihres Vaters, oder ihres delegirten Schuldners), ohne vorhergehende Frage. Ulp. VI. 2. fragm. Vat. §. 99. 100. Die letzte kam ſpäter außer Gebrauch und wurde dagegen ſelbſt das formloſe Verſprechen der Dos für gültig erklärt. L. 4. Theod. Cod. de dot. 3. 13. L. 6. Iust. Cod. h. t. 5. 11. Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacunque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio (L. 6. cit: sive scripta fuerint, sive non, etiamsi stipulatio) in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta. Man hat hiernach behauptet, daß eine bloße Pollicitatio im techniſchen Sinn (§. 241.) genüge: Puchta §. 415. not. b. Jur. Ztg. für Hannover XIV. 6. Die L. 6. cit. berechtigt dazu nicht; vgl. §. 241. Anm. 1. Man bediente ſich hier, wie in andern Stellen (rubr. Cod. h. t. 5. 11. und durch Interpolation für dictio in L. 1. 13. Cod. de iure dot. 5. 12. L. 1. §. 8. D. de dot. coll. 37. 7.) des Wortes pollicitatio in dem allgemeinen Sinn von Verſprechen, weil promissio an das Verſprechen in Stipulationsform erinnerte. Natürlich

[a] Cod. de dotis promissione et nuda pollicitatione. 5. 11. [b] L. 23. D. h. t. 23. 3. [c] L. 33. 35. 71. D. de iure dot. 23. 3. L. 41. 44. §. 1. D. sol. matr. 24. 3. [d] L. 69. §. 4. D. h. t. 23. 3. [e] L. 3. Cod. h. t. 5. 11. cf. L. 1. eod. [f] L. 5. Cod. h. t. 5. 11. [g] L. un. pr. §. 1. Cod. de rei uxor. act. 5. 13. [h] L. 31. §. 2. Cod. de iure dot. 5. 12. cf. §. 208. Anm. 2. b. β.

aber genügt beim formloſen Verſprechen auch ſtillſchweigende Acceptation von Seiten des Mannes.

[2] „Nur nicht zum Nachtheil der Frau?" Puchta §. 415. not. f. arg. L. 1. Cod. h. t. Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi nec praestita sit, cum neque species ulla neque quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum: quod ea, quae nubebat, dotem dare promiserit. Dagegen Haſſe S. 370. „Von einem Verſprechen der Frau ſelbſt kann aber unmöglich ein anderes gelten", als was von dem Verſprechen eines Dritten für die Frau L. 3. Cod. eod. ausſpricht: Si, quum ea, quae tibi matrimonio copulata est, nuberet, is, cuius meministi, dotem tibi, non addita quantitate, sed, *quodcunque arbitratus fuisset*, pro ea daturum se rite promisit et interpositae stipulationis fidem non exhibet, competentibus actionibus usus ad repromissi emolumentum iure iudiciorum pervenies; videtur enim boni viri arbitratum stipulationi insertum esse. „War aber dagegen ohne alle nähere Beſtimmung nur ſchlechthin eine Dos verſprochen, ... ſo wurde dies als ein in die reine Willkür des Verſprechenden geſtelltes Angelöbniß betrachtet (arg. L. 1. Cod. cit.) ... wenn nicht ſchon ohnehin eine im Recht anerkannte Verbindlichkeit, eine Dos zu beſtellen, vorhanden war (L. 69. §. 4. D. h. t.)." Vgl. aber Seuffert's Arch. II. 189.

§. 398.

b) Dotis datio.

Geſchieht die Beſtellung der Dos dadurch, daß der Gegenſtand derſelben ſofort, ohne vorgängiges Verſprechen, in das Vermögen des Mannes gebracht wird, ſo heißt dieſes datio dotis. Sie iſt unterſchieden von der Auszahlung der verſprochenen Dos (numeratio dotis), als welche nicht mehr eigentlich Beſtellung der Dos, ſondern Erfüllung des dieſelbe beſtellenden Verſprechens iſt. Aber freilich bildet dann das, was der Mann durch die Erfüllung erhält, das Capital der Dos.

Gegenſtand der datio dotis aber, und ſo auch zunächſt einer promissio dotis, kann überhaupt alles ſeyn, was das Vermögen des Mannes mehrt; namentlich 1) Sachen, d. i. das Eigenthum derſelben [a], auch etwa nuda proprietas [b], nach Umſtänden zunächſt bloß Uſucapionsbeſitz [c], und zwar vertretbare oder nicht vertretbare Sachen, die letzten insbeſondere mit oder ohne eine Schätzung, aestimatio, welche im Zweifel die Bedeutung hat, daß die Summe

[a] L. 7. §. 3. D. h. t. 23. 3. cf. Gai. II. 63. [b] L. 4. D. eod. L. 17. 18. Cod. eod. 5. 12. [c] L. 6. §. 1. D. eod. cf. Dig. pro dote. 41. 9.

der Schätzung den eigentlichen Gegenstand der Dos abgeben solle, als ob dem Manne dafür die Sachen verkauft seyen (res venditionis gratia aestimatae [d]), obwohl sie auch lediglich die Feststellung ihres gegenwärtigen Werthes bezwecken kann (res taxationis gratia aestimatae [e]); 2) andere dingliche Rechte, iura in re aliena. sey es, daß solche als bestehende Rechte vom Berechtigten dem Manne, soweit dies möglich [f], überlassen, oder zu Gunsten desselben als Eigenthümers der Sache aufgegeben, oder daß sie als jetzt erst zu errichtende Rechte vom Eigenthümer der Sache dem Manne eingeräumt werden [g]; 3) Forderungen, es sey gegen dritte Personen [h], durch Cession [i], oder gegen den Mann selbst, durch Schulderlaß [k]. So kann nun auch ein ganzer Vermögensinbegriff, z. B. das ganze Vermögen der Frau, zur Dos gegeben werden, wodurch aber keine Universalsuccession begründet wird [l].

Die Bestellung der Dos geschieht übrigens nach Verschiedenheit des Gegenstandes in der Weise, wie überhaupt das fragliche Recht einem Andern gewährt wird [3]; sie kann auch dadurch geschehen, daß man einen deferirten Vermögenserwerb, z. B. eine Erbschaft, ein Vermächtniß, ablehnt, und dadurch dem Manne zuwendet [k].

Ausdrückliche Erklärung, etwas als Dos zu geben, ist zu deren Bestellung nicht erforderlich, wenn nur diese Absicht klar ist [1]; daher ist denn auch, was der Frau zu ihrer und des neuen Haushalts Einrichtung mitgegeben wird, die sog. Aussteuer oder Ausstattung, im Zweifel als Dos oder als Theil derselben anzusehen [m]. Auch ist stillschweigende Uebertragung einer frühern Dos auf eine andere Ehe möglich [n].

Anm. [1] So der Usufructus nur der Ausübung nach (§. 179. not m. n.) Emphyteuse und Superficies aber vollständig auch dem Rechte nach. — Bei der Einräumung des Usufructus, in der einen oder andern Weise (not. f.), kann übrigens verabredet werden, daß erst die kraft dessen zu ziehenden Früchte das Capital der Dos bilden sollen. L. 4. D. de pact. dot. 23. 4. Im Zweifel ist dies nicht anzunehmen. L. 7. §. 2. D. h. t.

[d] L. 5. 10. Cod. h. t. 5. 12. L. un. §. 9. Cod. de rei uxor. act. 5. 13. L. 14. fin. 18. D. h. t. 23. 3. [e] L. 69. §. 7. D. eod. [f] L. 7. §. 2. L. 66. 78. eod. L. 57. D. sol. matr. 24. 3. cf. L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1. [g] L. 49. D. sol. matr. 24. 3. L. 2. Cod. de O. et A. 4. 10. [h] L. 41. §. 2. L. 43. pr. §. 1. L. 58. §. 1. D. h. t. 23. 3. [i] L. 4. Cod. h. t. 5. 12. L. 72. D. h. t. 23. 3. [k] L. 14. §. 3. D. de fund. dot. 23. 5. cf. L. 5. §. 5. D. h. t. 23. 3. [l] L. 23. D. eod. [m] cf. L. 10. pr. D. eod. [n] L. 63. 64. eod. L. 19. 66. §. 5. D. sol. matr. 24. 3.

[a] Eine Forderung gegen einen Dritten kann dem Manne auch durch Novation zugewendet werden, indem z. B. die Frau ihren Schuldner dem Manne expromittiren läßt. Da aber hier der Mann erſt durch die Expromiſſio ein Forderungsrecht erlangte, ſo wird dies als dotis promissio (§. 397.) aufgefaßt. L. 36. 37. 56. pr. 78. §. 5. L. 80. 83. D. h. t. Nach neuerem Recht wird man freilich auch ſchon das Verſprechen des Gläubigers, ſeinen Schuldner zu delegiren, als gültige Beſtellung der Dos anſehen müſſen, und wenn der letzte etwa zur Expromiſſio ſich nicht herbeiließe, dem Manne doch das Recht auf Ceſſion beilegen.

[a] Als eine Art von datio dotis iſt auch das dem Manne dotis causa gegebene Vermächtniß zu betrachten, wodurch dieſer die Vermächtnißklage, nach Umſtänden auch ſofort Eigenthum oder andere dingliche Rechte erhält; es iſt verſchieden von dem Vermächtniß der Dotation an die Frau (§. 396. not. a.), aber freilich enthält jenes zugleich auch ein ſolches Vermächtniß zu Gunſten der letzten. L. 48. §. 1. D. h. t. 23. 3. L. 71. §. 3. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 69. §. 2. D. de legat. I. Haſſe S. 319...334.

§. 399.

c) Zeit der Beſtellung.

Die Dos kann ſowohl vor als nach Eingehung der Ehe beſtellt, und ebenſo die einmal beſtellte vermehrt werden, auch von der Frau ſelbſt, obgleich Schenkungen unter Ehegatten ungültig ſind [a]. Bei der Beſtellung vor der Ehe iſt aber immer ſtillſchweigende Bedingung, daß dieſe, und zwar eben diejenige Ehe, für welche die Dos beſtimmt war, wirklich erfolge [b]. Erſt von da an beginnt das juriſtiſche Daſeyn der Dos [c]. Aus dem Dotalverſprechen kann daher nicht eher geklagt werden [d]; es fällt weg durch Vereitelung der beabſichtigten Ehe [e]; ebenſo iſt der Schulderlaß in gleichem Falle nichtig [f]. Sachen, die dem Manne bereits gegeben ſind, können, wenn die Ehe nicht erfolgt, mit der condictio ob causam datorum zurückgefordert [g], oder, wenn der Uebergang des Eigenthums noch aufgeſchoben war, ſofort vindicirt werden [h]. Die Uebergabe von Sachen mit aestimatio venditionis gratia iſt als bedingter Verkauf (emtio venditio sub conditione, si nuptiae sequantur) zu behandeln, wobei der Mann für die Zwiſchenzeit

[a] L. 19. Cod. de donat. ante nupt. 5. 3. cf. §. 395. not. b. [b] L. 68. D. h. t. 23. 3. [c] L. 1. §. 2. §3. D. pro dote. 41. 9. [d] L. 21. D. h. t. 23. 3. [e] L. 21 22. 41. §. 1. cod. cf. L. 48. cod. L. 36. 37. eod. [f] L. 43. eod. [g] L. 7. §. 1. L. 8. 9. pr. D. de cond. causa data. 12. 4. cf. L. 7. pr. 9. §. 1. L. 10. eod. L. 18. 19. D. de reb. auct. iud. 42. 5. L. 10. D. de sponsal. 23. 1. [h] L. 7. §. 3. L. 9. pr. D. h. t. 23. 3. cf. L. 59. §. 2. eod.

die Gefahr der Verschlechterung, nicht die des Untergangs trägt, und welcher ganz rückgängig wird, wenn die Ehe nicht stattfindet [i].

§. 400.

d) Nebenverredungen.

Bei Bestellung der Dos sind, wie bei andern Rechtsgeschäften, verschiedene Nebenbestimmungen möglich und können auch nachher noch besondere Verabredungen darüber getroffen werden [a]. Insbesondere kann der freiwillige Besteller der Dos vor oder bei der Bestellung beliebige Bestimmungen treffen (rei suae legem dicere), namentlich den Rückfall für sich selbst, seine Kinder oder Erben vorbehalten, oder die Rückgabe an einen Dritten versprechen lassen, auch dem Manne größere Vortheile einräumen, als ihm der Regel nach zustehen [b]. Allein:

1) wenn bestimmt würde, daß der Mann und dessen Erben unter allen Umständen die Dos behalten sollen, so würde in der That eine solche gar nicht vorhanden seyn [c].

2) Ist die Dos einmal bestellt, wenn auch nur durch Versprechen (§. 397.), so kann der Besteller das einmal begründete Dotalrecht der Frau nicht mehr willkürlich durch andere Verabredungen schmälern, nicht dotis causam deteriorem facere [d].

3) Der Dotationspflichtige (§. 396.) kann auch vor oder bei Bestellung der Dos nicht der Frau nachtheilige Verabredungen ohne deren Zustimmung treffen; so namentlich der Vater [e]. Doch kann dieser auch einseitig den Rückfall der Dos stipuliren, vor oder gleich nach der Bestellung, und selbst später noch, wenn die Ehe noch nicht eingegangen ist und ohne seine Zustimmung nicht eingegangen werden kann [f]. Auch kann derselbe rechtsgültig zugesichert, daß nach Auflösung der Ehe durch den Tod der Tochter die Dos dem Manne verbleibe, obgleich dies nach Justinianischem Recht zum Nachtheil der Erben der Frau ist [g].

[i] L. 10. §. 4. 5. L. 17. §. 1. D. eod.

[a] Dig. de pactis dotalibus. 23. 4. Cod. de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis. 5. 14. [b] L. 20. §. 1. D. h. t. 23. 3. L. 4. 7. Cod. h. t. 5. 14. L. 6. Cod. de iure dot. 5. 12. [c] §. 395. not. b. [d] L. 20. §. 1. D. h. t. cf. L. 7. eod. L. 6. Cod. h. t. [e] L. 7. pr. 19. D. eod. L. 3. Cod. eod. [f] L. 29. D. sol. matr. 24. 3. L. 28. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. un. §. 13. in f. Cod. de rei ux. act. 5. 13. [g] L. 12. pr. D. h. t. 23. 4. cf. L. un. §. 6. Cod. l. c. §. 406.

4) Bezüglich der einmal bestellten Dos kann nach Eingehung und vor Auflösung der Ehe auch die Frau selbst dem Manne keine ihr unvortheilhafte Aenderung einräumen [h], ausgenommen in Rücksicht auf die Kinder aus der Ehe, für den Fall ihres Todes oder der Scheidung [i].

5) Unzulässig sind überhaupt solche Verabredungen, welche dem Wesen des Dotalverhältnisses zuwider sind, z. B. daß auch die Früchte dotal seyn sollen [k], daß der Mann nur für Dolus haften [l], oder für nothwendige Verwendungen keinen Abzug machen solle [m].

Anm. Als unstatthaft wird es auch bezeichnet, daß die Frau sich vom Manne für künftige Rückgabe der Dos Bürgen stellen lasse. L. 1. 2. Cod. ne fideiussores vel mandatores dotium dentur. 5. 20. Jedoch ist bestritten, daß die freiwillig gestellte Bürgschaft unverbindlich sey, weil diese Stellen nur das Verlangen der Bürgenstellung verbieten. Ekrtanner von der Bürgschaft S. 145. Aber nicht nur L. 1. Theod. Cod. de fideiuss. dot. 3. 15., sondern auch die unzweifelhafte Interpolation in L. 7. pr. D. de except. 44. 1. („mariti fideiussor *post solutum matrimonium datus*) spricht für die strengere Erklärung. Nur darf man wohl annehmen, daß der freiwillig ohne Rückanspruch an den Mann sich Verbürgende (fideiussor non a marito datus) sich gültig verpflichte.

4) Rechtsverhältniß der Dos.

a) Während der Ehe.

α) Rechte des Mannes.

§. 401.

Während der Ehe bildet die Dos einen Bestandtheil des Vermögens des Mannes; die Rechte, welche das Capital der Dos ausmachen, sind Rechte des Mannes, dem sie eben dotis causa zugewendet sind. Sind also Sachen zur Dos gegeben, so ist der Mann deren Eigenthümer [a]; er hat die rei vindicatio in Ansehung derselben und andere dem Eigenthümer zustehende Klagen [b]; er benützt sie als Eigenthümer, hat aber auch deren Lasten zu tragen [c]; er erwirbt als Eigenthümer auch von selbst den Zuwachs

[h] L. 14...18. 21. 29. pr. D. h. t. L. 26. D. de iure dot. 23. 3. [i] L. 2. D. h. t. L. 3. Cod. eod. L. 1. §. 1. D. de dote praeleg. 33. 4. [k] L. 4. D. h. t. [l] L. 6. eod. [m] L. 5. §. 2. eod.

[a] L. 7. 13. §. 2. D. de fundo dot. 23. 5. L. 47. §. 6. D. de peculio. 15. 1. cf. §. 398. not. a. b. [b] L. 25. D. de act. rer. amot. 25. 2. L. 49. §. 1. D. de furt. 47. 2. L. 11. Cod. de iure dot. 5. 12. [c] L. 7. pr. 10. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 20. Cod. eod. 5. 12.

der Dotalsachen, jedoch, abgesehen von Früchten, eben als Zuwachs der Dos [d], und dies gilt denn auch von der einen Hälfte des im Dotalgrundstück gefundenen Schatzes [e]. Die Eigenschaft der Sachen als Dotalsachen hat überhaupt nur dadurch rechtliche Bedeutung, daß die Dos späterhin zurückzugeben ist, und dieserhalb hat der Mann bezüglich derselben den ihm sonst eigenen Grad der Sorgfalt (diligentiam quam suis rebus adhibere solet) zu bewähren, wegen dessen Versäumung er künftig zu haften hat [f].

§. 402.

Als Eigenthümer kann der Mann Dotalsachen auch gültig veräußern [a]. Gesetzlich verboten aber ist dieses in Beziehung auf Dotalgrundstücke [b]. Sowohl die unmittelbare Veräußerung als die Verpfändung derselben, selbst mit Einwilligung der Frau, ist nichtig [c], und dies gilt auch von partieller Veräußerung durch Einräumung dinglicher Rechte an dem Grundstück oder durch Aufgeben damit verbundener Rechte [d]. Das Verbot tritt in Anwendung, sobald das Grundstück als dotales zum Vermögen des Mannes gehört [e], auch schon vor der Ehe, wenn dem künftigen Manne das Eigenthum dotis causa übertragen ist [f], und wirkt auch nach Auflösung der Ehe noch bis zur Restitution der Dos [g]. Es findet keine Anwendung 1) wenn das Grundstück mit Schätzung venditionis gratia zur Dos gegeben ist, so daß nur der Schätzwerth, oder auch nach Wahl des Mannes, nicht nach Wahl der Frau, dieser oder das Grundstück in dote seyn soll [h]; 2) wenn das Grundstück durch gültige Umwandlung der Dos oder aus anderem Grunde aufhörte Dotalgegenstand zu seyn [i]; 3) wenn nicht die Frau oder deren Erbe die Anwartschaft auf den Rückfall der Dos hat [k]; 4) wenn die Veräußerung nicht durch den Willen des Mannes oder seines Universalsuccessors stattfindet [l]; 5) wenn die Frau unter

[d] L. 10. §. 1. 2. L. 69. §. 9. D. l. c. [e] L. 7. §. 12. D. sol. matr. 24. 3. [f] L. 17. pr. D. de iure dot. 23. 3. L. 24. §. 5. D. sol. matr. 24. 3.

[a] L. 3. Cod. de iure dot. 5. 12. L. 61. §. 1. D. eod. 23. 3. [b] Dig. de fundo dotali. 23. 5. Cod. 5. 23. [c] pr. J. quib. alien. lic. 2. 8. L. un. §. 15. Cod. de rei ux act. 5. 13. cf. L. 42. D. de usucap. 41. 3. L. 16. D. h. t. 23. 5. cf. §. 162. Anm. b §. 132. not. c...f. [d] L. 5. 6. D. eod. [e] Gai. II. 63. L. 13. §. 2. D. h. t. L. 3 pr. 9. 14. eod. [f] L. 4. eod. [g] L. 12. pr. eod. [h] L. 11. eod. cf. L. 10 §. 6. D. de iure dot. 23. 3. L. 1. Cod. h. t. 5. 23. [i] L. 26. 27. D. de iure dot. 23. 3. L. 56. §. 3. eod. cf. L. 5. pr. D. de impens. 25. 1. [k] L. 3. §. 1. D. h. t. cf. L. 17. eod. [l] L. 1. 2. eod. L. 78. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. L. 2. Cod. h. t.

eidlicher Beſtärkung ihre Einwilligung zur Veräußerung gegeben hat [m]. Auch wird die anfänglich ungültige Veräußerung gültig, wenn ſie nach Auflöſung der Ehe von der Frau oder ihren Erben genehmigt wird [n] oder aus anderem Grunde für ſie das Recht, dieſelbe als ungültig anzufechten, wegfällt [o].

Anm. [1] Eine Beſtimmung der lex Julia de adulteriis, die für ſich als lex Julia de fundo dotali bezeichnet wird, verbot zuerſt die Veräußerung des Dotalgrundſtücks ohne Einwilligung der Frau, nur die Verpfändung auch mit Einwilligung derſelben. Paul sentt. II. 21 b. §. 2. Gai. II. 63. L. 1. pr. D. h. t. vgl. L. 12. §. 1. eod. und die Inſcription von L. 2. 6. 12...14. eod. Erſt Juſtinian hat jede Veräußerung auch mit Einwilligung der Frau verboten und zugleich entſchieden, daß dieſes Verbot ebenſowohl auf Provinzialgrundſtücke, wie auf italiſche, Anwendung finde. L. un. §. 15. Cod. de rei ux. act. 5. 13. pr. J. quib. alien. lic. 2. 8. Vgl. Bachofen, ausgewählte Lehren S. 89...118.

[2] Durch das Veräußerungsverbot wird auch der Verluſt dinglicher Rechte durch Nichtausübung (not. d.), ſowie der Verluſt des Eigenthums durch Erſitzung ausgeſchloſſen (§. 162. Anm. 4. a.), jedoch nicht die ſchon vorher begonnene Erſitzung unterbrochen. L. 16. D. h. t. (Tryphoninus) Si fundum, quem Titius possidebat bona fide et longi temporis possessione poterat sibi quaerere, mulier ut suum marito dedit in dotem, eumque petere neglexerit vir, cum id facere posset, rem periculi sui fecit. Nam licet lex Julia, quae vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad huiusmodi adquisitionem, non tamen interpellat eam possessionem, quae per longum tempus fit, si, antequam constitueretur dotalis fundus, iam coeperat. Plane si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerunt, nihil erit, quod imputabitur marito. Die Interpolationen dieſer Stelle ſind handgreiflich (§. 157.); es hätte aber noch der ganze Mittelſatz: *nam... coeperat* wegbleiben und das übrige in den Titel *de iure dotium* oder *soluto matrimonio* geſtellt werden ſollen. Tryphoninus hatte die Uebertragung des Eigenthums durch Mancipatio oder In jure cessio, ohne Beſitzübertragung, vor Augen; nach Juſtinianiſchem Recht aber konnte das Grundſtück gar nicht ohne dieſe, alſo nicht ohne Unterbrechung des bisherigen Uſucapionsbeſitzes, dotal werden, es ſey denn durch Vermächtniß des Eigenthümers; die Frau konnte nur etwa ihre rei vindicatio gegen den Uſucapionsbeſitzer dotis causa abtreten, wodurch natürlich die Uſucapion des letzten nicht unterbrochen wird. Uebrigens vgl. noch §. 411.

[3] Eine ungültige Veräußerung iſt auch das Vermächtniß des Dotalgrundſtücks durch den Mann, das jedoch nach Juſt. Recht ohnehin bei allen Dotalſachen nur mehr als Vermächtniß einer fremden Sache gelten kann (§. 411.). Wenn aber die Frau ſelbſt zum Erben eingeſetzt iſt, ſo muß ſie das Vermächtniß

[m] Cap. 28. X. de iureiur. 2. 24. §. 240. not. e. [n] arg. L. 77. §. 5. D. de legat. II. [o] L. 17. D. h. t. 23. 5. L. 42. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 10. in f. D. h. t.

anerkennen, soweit sie nach Abzug der Vermächtnisse noch Befriedigung ihres Dotalanspruchs in der Erbschaft findet. L. 13. §. 4. D. h. t. Bachofen S. 97. Einen andern Fall betrifft L. 77. §. 5. D. de legat. II. Qui dotale praedium contra legem Juliam vendidit, uxori legatum dedit et emtoris fidei commisit, ut amplius ei pretium restituat: emtorem fideicommissi non teneri constabat; si tamen accepto legato mulier venditionem irritam faceret, eam oblato pretio doli placuit exceptione summoveri. Vgl. not. n.

[4] Streitig ist, ob der Mann während der Ehe selbst auch das veräußerte Grundstück vindiciren könne? Da nach not. c. venditio non valet, so ist die Frage zu bejahen. Die künftige Möglichkeit der Convalescenz (not. o.) kann nicht jetzt schon eine doli exceptio gegen den Mann begründen, zumal dieser für Erhaltung des Grundstücks noch verantwortlich ist. Falsch ist der Schluß: „zudem wird bezeugt, daß selbst nach dem Tode der Frau dem Mann, welcher die Dos lucrirt, kein Rechtsmittel zusteht, um so weniger schon vorher" (Bachofen S. 108.), wenn es vorher noch ungewiß ist, ob er die Dos lucrirt; nach L. 13. §. 3. D. h. t. (Heredi quoque mulieris idem auxilium praestabitur, quod mulieri praestabatur) und L. 77. §. 5. D. de legat. II. (Anm. 3. a. E.) beweisen nicht, daß nur die Frau und deren Erbe, und jene sofort nach der Veräußerung die Vindication (rescissa alienatione) habe (Bachofen S. 107... 112.). Vgl. Vang. §. 217. Anm. 3. Wenn übrigens dieser „einen allenfalls auch durch Retention geltend zu machenden Anspruch auf volle Evictionsleistung" gegen den Mann zugibt, so kann man dem nur beistimmen für den Fall, daß der Käufer die Eigenschaft des Dotalgrundstücks nicht kannte (§. 303. not. n.); den Preis aber kann der Käufer natürlich jedenfalls zurückverlangen (§. 345. Anm. 1. b.).

§. 403.

Wird dem Manne, was ihm zur Dos gegeben worden, durch einen Andern abgestritten, so kann er dieserhalb gegen den Bestellenden Anspruch auf Ersatz machen, wenn dieser entweder bei der Bestellung einen Dolus begangen, oder die Dos zuvor versprochen hatte, welches Versprechen denn durch Hingabe des evincirten Gegenstandes nicht gehörig erfüllt worden ist; sind ihm venditionis causa geschätzte Sachen gegeben, so hat er Anspruch auf Evictionsleistung nach den Regeln des Kaufes [1]. War die Dos von einer der Frau zur Dotation verpflichteten Person, ohne Versprechen an den Mann, bestellt, so kann die Frau im Falle der Eviction auf bessere Erfüllung der Verbindlichkeit klagen, der Mann nur, sofern ihm etwa die Frau ihren Dotationsanspruch abgetreten hat [2]. Ist dagegen durch Zufall das Empfangene dem Manne verloren gegangen, so kann weder er noch die Frau auf Bestellung einer neuen Dos (Redotation) für dieselbe Ehe Anspruch machen [3].

Anm. [1] Die angegebenen Fälle werden genau unterſchieden in L. 1. Cod. de iure dot. 5. 12. Evicta re, quae fuerat in dotem data, si pollicitatio (urſprünglich: *dictio*) vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum condictione (vielleicht urſprünglich: *ex dictione?* oder iſt die *condictio* auf den Fall zu beziehen, wenn ein certum verſprochen worden, was bei der dictio dotis Regel geweſen ſeyn mag?) vel ex stipulatione agere potest. Sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit, post evictionem eius, si quidem res aestimata fuerit, ex emto competit actio (cf. L. 16. D. de iure dot. 23. 3.). Si vero hoc non est factum, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio (cf. L. 69. §. 7. D. l. c.). Dolo autem dantis interposito, de dolo actio adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolus interpositus sit; tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit. — Mit Unrecht hat man den erſten Satz dieſer Stelle von einem beſondern Verſprechen der Evictionsleiſtung verſtanden; er ſetzt dotis pollicitatio vel promissio voraus. Bang. §. 217. Anm. 2. Es kann aber in dieſem Falle auch nicht eigentlich auf Evictionsleiſtung, ſondern nur auf Erfüllung des wirklich nicht erfüllten Dotalverſprechens geklagt werden, was namentlich dann, wenn dieſes nicht auf einen beſtimmten Gegenſtand gerichtet war (§. 397. not. d. e.), einen erheblichen Unterſchied machen kann.

[2] Viele läugnen eine Verbindlichkeit zur Erneuerung der ſog. dos necessaria mit Glück XXV. S. 90. fg. (gegen ſeine eigene frühere Meinung XX. S. 209.), Bang. §. 217. Anm. 2. a. E., arg. L. 71. D. de evict. 21. 2. Die Unrichtigkeit dieſer Meinung iſt handgreiflich, wenn man an den Fall denkt, daß der Verführer (§. 396. not. d.) eine fremde Sache in dotem gegeben hätte. Bezüglich der Eltern möchte man ſie etwa damit vertheidigen, daß ihre Dotationspflicht nur zum Zweck der Ermöglichung der Ehe der Tochter angenommen ſey (L. 19. D. 23. 2.), alſo nach Eingehung der Ehe wegfalle. Aber wenn denn der Mann, weil er in der That keine Dos erhalten hatte, ſich ſcheiden wollte: verſtieß der eine wirkſame Dotation verweigernde Vater nicht gegen die lex Julia? Man darf hier nur überall nicht von einer Evictionsverbindlichkeit des Beſtellers und von einem unmittelbaren Evictionsanſpruch des Mannes reden. Der Vater braucht vielleicht nicht einmal ebenſoviel zu geben, wenn ſich ergibt, daß er um den Betrag des zuerſt Gegebenen weniger reich iſt.

[3] Manche behaupten auch hier eine Redotationspflicht, z. B. Thibaut §. 336. Dagegen Bang. §. 216. Anm. 2.

§. 404.

β) Rechte der Frau.

Die Frau hat während der Ehe an dem Gegenſtande der Dos unmittelbar kein Recht; er iſt ein Beſtandtheil des Vermögens des Mannes [a]. Allein ihr Vortheil iſt es doch, daß ſie mit einem

[a] L. 23. Cod. de iure dot. 5. 12.

Heirathsgute ausgestattet (dotata uxor) ist, das dereinst an sie oder ihre Erben zurückfallen kann. Insofern [1] wird die Dos schon jetzt als der Frau gehörend angesehen [b], und gilt diese bezüglich der Befreiung von Cautionen [c] schon jetzt als Besitzerin der Dotalgrundstücke [2], kann auch wegen Eviction des zur Dos Gegebenen gegen ihren Auctor klagen [d]. Zur Sicherung ihrer Rechte kann sie auch schon während der Ehe die Dos zurückfordern, oder Sequestration der letzten verfügt werden, wenn der Mann in Vermögensverfall oder gar in Concurs geräth [e], oder durch Verschleuderung die Dos gefährdet [f], wodurch jedoch diese ihrer Bestimmung ad onera matrimonii ferenda nicht entzogen wird. Außerdem ist während der Ehe die Rückgabe der Dos an die Frau sogar unverbindlich als Schenkung unter Ehegatten [g], und befreit den Mann nicht von der Haftung wegen Restitution der Dos nach Auflösung der Ehe, sie wäre denn zum wirklichen Vortheil der Frau oder zu einem Zwecke geschehen [h], der die Anfechtung der vorzeitigen Rückgabe als unsittlich erscheinen läßt [3].

Anm. [1] L. 75. D. de iure dot. Quamvis in bonis mariti dos sit mulieris tamen est: et merito placuit, ut si in dotem fundum inaestimatum dedit, cuius nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse. Porro cuius interest non esse evictum, quod in dote fuit, quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem habere desiit, huius etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumenti potestatem esse creditur; cuius etiam matrimonii onera maritus sustinet. Justinian sagt sogar von den Dotalsachen, daß sie „et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in eius permanserint dominio; non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.“ Ein alter Streit (schon von den Glossatoren her: Haenel dissens. dominorum pag. 436. sq.) ist es hiernach, wer während der Ehe Eigenthümer der Dotalsachen sey? Viele legten der Frau allein das Eigenthum bei, oder gaben ihr ein sog. dominium naturale oder dormiens neben dem dominium civile des Mannes. Die richtige Ansicht, daß der Mann allein der wahre Eigenthümer sey, namentlich vertheidigt von Löhr im Mag. IV. S. 57. fg., ist jetzt auch die herrschende. Bang. §. 318. Anm. 1. Dagegen hat auch die neue Idee eines sog. procuratorischen Eigenthumes des Mannes (Tigerström I. S. 202. fg.) kein Glück gemacht. Puchta Vorles. II. S. 258.

[b] L. 75. D. de iure dot. 23. 3. L. 3. §. 5. D. de minor. 4. 4. cf. L. 4. §. 5. D. sol. matr. 24. 3. [c] L. 15. §. 3. D. qui satisd. cog. 2. 8. [d] L. 75. cit. cf. L. 71. D. de evict. 21. 2. [e] L. 24. pr. D. sol. matr. 24. 3. L. 29. Cod. de iure dot. 5. 12. [f] L. 22. §. 8. 9. D. l. c. [g] L. un. Cod. si dos constante matrimonio soluta fuerit 5. 19. [h] L. 73. §. 1. L. 85. D. de iure dot. 23. 3. L. 20. D. sol. matr. 24. 3.

[2] Als ein Recht der Frau führt man noch an, daß ſie die Hälfte des im Dotalgrundſtück gefundenen Schatzes vom Manne fordern könne. Puchta §. 416. not. b. Bachofen a. a. O. S. 112. Aber vgl. §. 401. not. e. L. 7. §. 12. D. sol. matr. ſagt: Sed etsi vi tempestatis (arbores) ceciderunt, dici oportet, pretium earum restituendum mulieri nec in fructum cedere, non magis quam si thesaurus fuerit inventus; in fructum enim non computabitur, sed pars eius dimidia restituetur, quasi in alieno inventi. Die Reſtitution kann aber im letzten wie im erſten Falle erſt soluto matrimonio gefordert werden.

[3] Nov. 22. cap. 39. Dotes autem, quas acceperunt contrahentes, non dabunt facile mulieribus constantibus adhuc matrimoniis, nisi tantum ex causis, quas lex enumeravit (vgl. L. 27. §. 1. D. de religios. 11. 6. „casibus, in quibus hoc ei facere legibus permissum est.“) Als ſolche causae werden angeführt (not. d.): *ut aes alienum solvat aut praedia idonea emat, liberis ex alio viro egentibus aut fratribus aut parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret* (L. 20. cit.); oder: *ut sese suosque alat, ut in exilium aut in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum fratrem sororemve sustineat* (L. 73. §. 1. cit.). Vgl. Haſſe in der Ztſchr. für geſch. Rtsw. V. 9. Francke im civ. Arch. XVII. 16. XVIII. 1. Bang. §. 218. Anm. 2. Streitig ob dieſe Fälle bloß als Beiſpiele oder excluſiv zu verſtehen? Puchta §. 420. not. o. „Auch die Worte der nov. 22. cap. 39. können die Beiſpiele nicht zu etwas anderm machen, als was ſie ſind.“

a) Nach Endigung der Ehe. Rückgabe der Dos [a].

§. 405.

α) Rückempfänger der Dos.

Nach Auflöſung der Ehe, durch Tod oder Scheidung, muß die Dos vom Manne oder deſſen Erben zurückgegeben werden. Wem das Recht darauf zuſtehe, und unter welchen Vorausſetzungen, kann durch vertragsmäßige Beſtimmung feſtgeſetzt ſeyn [1]. Iſt dies nicht der Fall, ſo kommt es darauf an, ob die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst iſt, oder bei Lebzeiten derſelben, alſo durch Scheidung oder Tod des Mannes? ſodann ob die Dos profectitia oder adventitia iſt? Profectitia aber heißt die Dos, welche aus dem Vermögen des Vaters oder väterlichen Aſcendenten der Frau, als ſolchen, von ihm ſelbſt oder doch in ſeinem Namen, beſtellt worden iſt [b]; jede andere, auch die von der Frau ſelbſt beſtellte Dos heißt adventitia [2]. Iſt nun 1) die Ehe bei Lebzeiten der Frau aufgelöst

[a] Dig. soluto matrimonio dos quemadmodum petatur. 24. 3. Cod. 5. 18. cf. X. de donationibus inter virum et uxorem et de dote post divortium restituenda. 4. 20. — L. un. Cod. de rei uxoriae actione. 5. 13. [b] L. 5. D. de iure dot. 23. 3.

worden, so hat diese das Recht der Rückforderung, das denn auch auf ihre Erben übergeht [c]; vorausgesetzt freilich, daß sie sui iuris sey, was sie aber nach heutigem Recht regelmäßig eben durch die Ehe geworden ist; wäre sie noch in der väterlichen Gewalt, so würde der Vater die Dos zurückfordern können, jedoch nicht gegen den erklärten Willen der Tochter [d], und nur mit dem Erfolge, daß er an der restituirten dos adventitia dasselbe Recht erlangt, das ihm überhaupt an dem Vermögen der Kinder zusteht [3], und daß auch die dos profectitia für die Tochter im Fall der Eingehung einer andern Ehe in gleichem Betrage wieder herzugeben ist, wenn nicht etwa das Vermögen des Vaters seitdem eine solche Minderung erlitten hat, daß jene nunmehr unverhältnißmäßig groß erscheint [e]. Ist dagegen 2) die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst worden, so fällt die dos adventitia den Erben derselben zu [f], die dos profectitia aber dem Besteller, wenn er die Auflösung der Ehe überlebt [g], sonst ebenfalls den Erben der Frau [1]. In beiden Fällen macht es keine Aenderung, wenn die Frau, oder bei der dos profectitia der Besteller, sich die Restitution hat ausdrücklich versprechen lassen [h].

Anm. [1] Die Dos, deren Rückfall sich der dritte Besteller vorbehalten hat, nennt man nach Ulp. fragm. VI. §. 5. dos receptitia. Für diesen Fall kommen überhaupt die eigenthümlichen Regeln des Dotalrechts nicht weiter in Betracht.

[2] Ulp. VI. §. 3. Dos aut profectitia dicitur, id est, quam pater mulieris dedit, aut adventitia, id est ea, quae a quovis alio data est. cf. L. 5. pr. D. de iure dot. Profectitia dos est, quae a patre vel parente profecta est de bonis vel de facto eius. L. 5. §. 11. eod. Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profectitiam nihilominus dotem esse, nemini dubium est, quia non ius potestatis, sed parentis nomen dotem profectitiam facit, sed ita demum, si ut parens dederit: ceterum, si, cum deberet filiae, voluntate eius dedit, adventitia dos est. — Völlig grundlos ist die Meinung (von Tigerström), die von der Frau selbst bestellte Dos sey nicht dos adventitia, sondern heiße vorzugsweise Dos schlechtweg.

[3] Nach Just. Recht ist es unrichtig, sowohl: die Rückforderung der dos adventitia in jedem Falle der überlebenden Tochter allein zu geben (Puchta

[c] L. 2. pr. D. h. t. 24. 3. L. un. §. 4. 6. 11. Cod. de rei ux. act. [d] L. 2. §. 1. ... L. 4. 34. D. l. c. L. un. §. 14. Cod. l. c. L. 2. 7. Cod. h. t. 5. 18. cf. L. 22. §. 3. ... 11. L. 31. §. 2. D. eod. L. 8. pr. D. de procurat. 3. 3. [e] nov. 97. cap. 5. [f] L. un. §. 6. 13. Cod. l. c. [g] L. 4. Cod. h. t. 5. 18. L. 6. pr. 78. §. 1. D. de iure dot. 23. 3. L. 71. D. de evict. 21. 2. cf. L. 10. pr. 59. D. h. t. 24. 3. L. 5. D. de divort. 24. 2. [h] L. un. §. 14. Cod. de rei ux. act. 5. 13.

§. 419. not. g.), als: wenn ſie noch in patria potestate iſt, dem Vater in Anſehung derſelben ganz daſſelbe Recht beizulegen, wie in Betreff der dos profectitia (Vang. §. 220. Anm. 1.) Vgl. Arndts im Rtslex. III. S. 826. Nach heutigem Recht iſt dieſe Frage nicht mehr von Bedeutung. (§. 426. a. E.).

[4] Nach altem Recht hatten die Erben der Frau, wenn nicht dieſer die Rückgabe der Dos ſtipulirt war, keinen Anſpruch darauf; ſelbſt in dem Falle unter l. not. c. konnten ſie nur dann auf Rückgabe klagen, wenn der Mann bereits ihrer Erblaſſerin gegenüber in Mora verſetzt war. Ulp. VI. §. 5. 7. cf. Vat. fragm. §. 95. 97. L. 57. D. h. t. 24. 3. Juſtinian erſt hat den Erben der Frau wie ihr ſelbſt ſchlechthin das Recht der Rückforderung gegeben, wenn nur nichts anderes gültig verabredet iſt. L. un. §. 4. 6. Cod. de rei ux act. Aber nach Ulp. VI. §. 4. „mortua in matrimonio muliere dos a patre profecta ad patrem revertitur", nur mit Abzug von $^1/_5$ für jedes Kind. cf. Vat. fragm. §. 108. Dieſe retentio propter liberos hat Juſtinian aufgehoben in L. un. §. 5. Cod. l. c., wornach denn ein unbeſchränktes Rückforderungsrecht des Beſtellers der dos profectitia übrig geblieben iſt, welches das der Erben der Frau ausſchließt (vgl. not. g.). Doch iſt ſtreitig: a) ob der Vater auch die Kinder der Tochter ausſchließe? wie mit Recht der Gloſſator Bulgarus behauptete, gegen Martinus, deſſen Meinung aber in der Praxis mehr Anklang fand (vgl. Haenel dissens. domin. pag. 40. 87. 441. fg.); die Praxis jetzt noch ſchwankend: vgl. Seuffert's Arch. I. 350. V. 182. 183. a. b. VI. 214. b) ob auch der Vater, welcher der emancipirten Tochter die Dos beſtellte, jenes Recht habe? verneint von Francke im civ. Arch. XXVI. 14. Vang. (6. Aufl.) §. 220. Anm. 1. arg. L. un. §. 13. in f. Cod. l. c., gegen die jetzt herrſchende auf die Stellen in not. g. geſtützte Meinung.

β) Gegenſtand der Reſtitution.

§. 406.

aa) Bezüglich der Hauptſache.

Die nähere Beſtimmung der Leiſtung, welche der zur Rückgabe der Dos Verpflichtete zu gewähren hat, hängt zunächſt von der Beſchaffenheit des Gegenſtandes, welcher das Capital der Dos bildete, ſodann auch davon ab, ob und inwiefern deſſen Rückerſtattung etwa durch Schuld des Mannes (§. 401.) oder ſeiner Erben vereitelt oder geſchmälert iſt. So ſind 1) Geldſummen und andere Quantitäten vertretbarer Dinge in gleicher Gattung ſchlechthin zurückzugeben, wie beim Darlehen [a], und daſſelbe gilt auch von der Summe, zu welcher nichtvertretbare Sachen verkaufsweiſe geſchätzt zur Dos

[a] L. 42. D. de iure dot. 23. 3. L. 12. Cod. eod. 5. 12. cf. L. 54. D. eod. L. 22. in f. D. h. t. 24. 3. cf. §. 145. Anm. 3.

gegeben waren [b]. 2) Nichtvertretbare und ohne solche Schätzung zur Dos gegebene Sachen sind individuell zurückzugeben, und ist dafür voller Ersatz zu leisten, wenn sie durch Schuld des Mannes oder seiner Erben gar nicht oder nur verschlechtert zurückgegeben werden können [c]; für unverschuldeten Verlust haften diese nicht, es sey denn wegen Verzugs [d], müssen aber jedenfalls erstatten, was ihnen als Ersatz für die entzogenen Sachen zugekommen ist [e], beziehungsweise die Klagen darauf abtreten [f]; sind die Sachen mit Einwilligung des Rückempfängers gültig veräußert worden, so kann auch nur der Preis zurückgefordert werden [g]. 3) War ein dingliches Recht Gegenstand der Dos, so muß der darin dem Manne zugekommene Rechtsvortheil nunmehr, soweit thunlich, dem Rückempfänger der Dos zugewendet werden [h], nach Verschiedenheit der Fälle, bald durch Uebertragung des fraglichen Rechts oder der Ausübung derselben, bald durch Aufgeben des eingeräumten, bald durch Wiederherstellung des aufgegebenen Rechts; auch hier muß Ersatz geleistet werden, wenn durch Schuld des Mannes, zum Nachtheil des Rückempfängers der Dos, jener Erfolg nicht mehr erreicht werden kann [i]. 4) Hat der Mann durch die Bestellung der Dos, es sey durch Versprechen (§. 397.) oder auf andere Weise (§. 398.), zunächst eine Forderung erhalten und diese ist erfüllt worden, so bestimmt sich der Inhalt der Rückleistung nach der Natur des Empfangenen [k], es wäre denn etwa die Forderung kaufweise als res aestimata dem Mann abgetreten worden (not. b.). Sofern die Forderung nicht erfüllt worden, hat der Rückempfänger, wenn er selbst der Schuldner ist, nur auf Befreiung Anspruch [l]; im andern Fall muß ihm wenigstens die noch bestehende Forderung abgetreten [l], nach Umständen aber auch für den Gegenstand derselben voller Ersatz geleistet werden, das letzte nämlich, sofern der Mann durch seine Nachlässigkeit in Geltendmachung der Forderung einen Verlust verschuldet [m],

[b] L. 51. D. h. t. L. 10. pr. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 10. §. 6. L. 14...16. D. eod. L. 66. §. 3. D. h. t. 24. 3. L. 1. Cod. h. t. 5. 18. L. 30. Cod. eod. 5. 12. §. 4. [c] L. 18. §. 1. L. 24. §. 5. L. 25. §. 1...4. L. 55. 66. pr. D. h. t. L. 17. pr. L. 71. §. 1. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 69. §. 7. D. eod. L. 21. Cod. eod. 5. 12. L. 1. Cod. h. t. 5. 18. [d] arg. L. 18. §. 1. L. 25. §. 2. D. h. t. 24. 3. [e] L. 52. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 49. §. 1. D. h. t. 24. 3. [f] L. 18. §. 1. in f. D. l. c. [g] L. 32. D. de iure dot. 23. 3. [h] L. 66. 78. D. l. c. L. 57. D. h. t. 24. 3. [i] arg. L. 18. §. 1. L. 49. in f. D. de iure dot. 23. 3. [k] L. 41. §. 4. D. eod. L. 30. §. 1. L. 66. §. 7. D. h. t. 24. 3. [l] L. 44. §. 1. D. eod. [m] L. 49. pr. eod. L. 20. §. 2. D. de pact. dot. 23. 4. L. 33. 49. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 56. pr. eod.

)der die ganze Gefahr derſelben von Anfang an[n] oder durch eine ſpätere Verfügung[o] auf ſich genommen hat[2]. 5) War dotis causa ;ine Schuld erlaſſen, ſo iſt es ſo anzuſehen, als hätte der Mann)en Schuldgegenſtand zur Dos erhalten; wenn jedoch die erlaſſene Schuld an eine Bedingung oder Zeitbeſtimmung geknüpft war, die ur Zeit der Reſtitution der Dos noch nicht eingetreten iſt, ſo iſt ıur das frühere Schuldverhältniß mit ſeiner Nebenbeſtimmung wieder)erzuſtellen[p].

Anm. [1] In den Quellen (not. g.) wird namentlich der Fall eines usus- ructus in dotem datus nach den verſchiedenen Möglichkeiten in Erwägung ge- ogen:

a) L. 66. D. 23. 3. vgl. §. 193. Anm. 1., mit dem Schlußſatz: Quidam :rgo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc ısumfructum mulieri maritus, vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem us remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem)ertineat.

b) L. 78. D. eod. Quum in fundo mariti habens mulier usumfruc- ıum dotis causa eum marito dedit, quamvis ab ea ususfructus decesserit, naritus tamen non usumfructum habet, sed suo fundo quasi dominus ıtitur, consecutus per dotem plenam fundi proprietatem, non separatam ıb usufructu; nec est quod non utendo maritus amittat. Divortio autem acto constituet in eodem fundo usumfructum mulieri. Quodsi in matri- nonio decesserit uxor, nihil emolumenti ob dotem habere videtur mari- us, quia, etsi uxorem eam non duxisset, fructuariae morte finitus usus- ructus ad proprietatem rediret; ideoque nec iu funus confert mulieris vgl. §. 299. 405. Anm. 4.).

c) L. 78. §. 1. ibid. Plane si pater filiae nomine, qui in fundo ;eneri usumfructum habebat, dotis constituendae gratia eum dederit, ·t in matrimonio mortua fuerit, habebit ex sua persona ususfructus)etitionem (vgl. §. 405. Anm. 4.).

d) L. 78. §. 2. ibid. Quodsi mulier in fundo suo marito usum- ructum dotis causa constituerit, tunc ex mariti persona erit ususfructus)roprie, qui et non utendo ipsi pereat. Quod si acciderit, videamus, ın etiam nunc sit dotata mulier? Et si quidem dominium apud mulie- em est fundi, ad quem reversus est ususfructus, nihil iam in dote ıabet, quod actione dotis consequatur ab eo, cui, quod non utendo ımisit usumfructum, imputari non potest, ex quo ipsa lucrum habet; deoque indotata erit. Quodsi alienaverit uxor proprietatem, quae sine ıllo mulieris emolumento plenior facta est, adhuc dotata est, quia dotis ıctione teneri debet maritus, qui, quando licuit usufructu uti, amisit :um non utendo; nam, si habere perseverasset usumfructum ad

[n] L. 41. §. 3. D. eod. [o] L. 35. 49. 71. eod. L. 66. §. 6. D. h. t. 24. 3. [p] L. 12. §. 2. L. 43. §. 1. eod.

divortium, commodo mulieris cederet eius restitutio, quia, etsi non protinus ad ipsam transiret, tamen vel pretio vel beneficio sine incommodo mulieris ad proprietatem reverteretur. Si autem usumfructum maritus non amiserit, morte mulieris non finitur ususfructus apud maritum (aber vgl. §. 405. Anm. 4.). Divortio autem facto, primo videamus et in hac et in superiore specie, an pro rata temporis eius anni dividantur fructus, quod probandum est. Ipsius autem restitutio ita fiet, ut habenti mulieri fundum ususfructus cedatur et ita cum proprietate consolidetur. Sed et si non sit fundi domina, nihilominus competit dotis actio, ut dimittat a se maritus usumfructum; nam vel ex emto actione adhuc, ut usumfructum praestet, mulier tenetur, aut pretium eius consequi sperat, aut cuivis magis gratiam praestare, quam relinquere apud inimicum ius ad se translatum, licere ei civile est.

e) L. 78. §. 3. ibid. Uxor viro usumfructum dotis nomine dedit, manente matrimonio eidem fundum vendidit; quaesitum est, divortio facto quid dotis iudicio recuperare debeat? Dixi, referre, quanti fundus veniisset; nam si nudae proprietatis aestimatio facta fuisset, mulier dotis iudicio pretium ususfructus recuperare debet. Quid ergo est, si vir ante litem contestatam mortuus fuisset? Heredes eius nihil praestituros; nam etsi quilibet alius emtor proprietatis extitisset, heres viri nihil mulieri praestaret, scilicet usufructu reverso ad proprietatem. Ceterum si fundus totus veniisset, quanti debet venire non detracto usufructu, intelligi mulierem dotem manente matrimonio recepisse.

Vgl. noch zu a. b. d. L. 57. D. h. t. 24. 3. Usufructu in dotem dato, si divortium intervenerit (§. 405. not. c.), nec proprietas rei apud maritum vel mulierem sit, eam dotis esse restitutionem, ut maritus caveat, quamdiu vixerit, passurum se uti frui mulierem heredemque eius: quod an verum sit circa adiectionem heredis, dubito. Interest, quemadmodum sit ususfructus in dotem datus. Si, quum haberet mulier fructum, viro, cuius erat proprietas fundi, usumfructum cessit (b), nihil mulier heredi suo relinquet; debebatur enim ei ususfructus, qui ad heredem non solet transire. Quodsi fundi sui fructum mulier viro cessit (d), restitui is a viro debet; cum proprietate enim ad heredem eius transiiset, si vir in reddendo eo non fecisset moram. Si vero alienata sit proprietas (d) aut aliquis fundi sui usumfructum mulieris iussu viro eius dederit in dotem (a), inspiciendum est primum, quemadmodum mulieri possit restitui? potest autem vel cautionibus interpositis, ut, sicut potest, vir iure suo cedat mulieri fruique eam patiatur, vel, si se accommodaverit dominus proprietatis, volente eo mulieri constituatur ususfructus. Nam aut fructum fundi ille mulieri poterit cedere, aut aliquid videlicet pro eo, ut inter ipsos actum fuerit, dare; nam et finge, hoc ipsum mulierem posse proprietatis domino vendere; quo casu non inique etiam mulieris herede agente vir facere cogetur, quippe si moram non fecisset, pretium fructus mulier heredi suo reliquisset. Quodsi facultatem ususfructus vendendi domino mulier non habuerit, patientiam, quam percipiendi fructus praestare ipsi debuit, etiam heredi eius praestat.

Ein möglicher Fall iſt noch f) daß die Ausübung eines beſtehenden Usus-ructus zur Dos gegeben worden; ungenau ſagt davon Sint. §. 133. not. 84. dieſelbe endet einfach mit der Ehe"; ſie iſt dem Rückempfänger der Dos zu überlaſſen, der auch ein Anderer ſeyn kann, als der eigentliche Uſufructuar. War endlich g) der Uſusfructus zu dem Zweck eingeräumt, daß die Früchte das Dotalcapital bilden ſollten, ſo muß der Werth der gezogenen oder aus Man-gel der diligentia quam suis rebus vernachläſſigten Früchte erſtattet werden. L. 7. §. 2. D. de iure dot. 23. 3.

[2] „Ueber die Verantwortlichkeit des Ehemanns in Bezug auf eine ihm ver-prochene Dos oder in dotem gegebene Forderung" vgl. vorzüglich Meyerfeld, im Rh. Muſ. VII. 5., wobei insbeſondere zu bemerken:

a) Es wird dem Manne nicht zum Verſchulden angerechnet, wenn er den Vater als Beſteller der dos profectitia oder auch den Dritten, der bloß aus Liberalität gegen die Frau die Dos verſprochen, nicht unnachſichtig zur Erfüllung des Dotalverſprechens gedrängt hat. L. 33. D. 23. 3. Si extraneus sit, qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus, imputatibur marito, cur eum non convenerit, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserit. Nam, si donavit, utcunque parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionem, qui donaverat (quemque in id, quod facere posset, si convenisset, condemnaverat; hoc enim Divus Pius re-scripsit, eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandos: cf. L. 41. pr. D. de re iud. 42. 1.). Sed si vel pater vel ipsa promiserunt, Julianus quidem lib. 16. Dig. scribit, etiam, si pater promisit, periculum respicere ad maritum (cf. L. 30. §. 1. D. 24. 3.). Quod ferendum non est; debebit igitur mulieris esse periculum. Nec enim quisquam iudex propriis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promisit, non urserit ad exsolutionem, multo minus, cur ipsam non convenerit. Recte itaque Sabinus disposuit, ut liceret: quod pater vel ipsa mulier promisit, viri periculo non esse; quod debitor, id viri esse; quod alius, scilicet donaturus, eius periculo sit, cui adquiritur; adquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit. Meyerfeld a. a. O. §. 8...20.

b) Die Gefahr der Forderung trägt der Mann ſchlechthin α) von Anfang an, wenn durch einen delegirten Schuldner eine Summe als Dos verſprochen worden. arg. L. 41. §. 3. D. 23. 3. cf. L. 46. pr. 53. eod. L. 6. D. de pact. dot. 23. 4. Meyerfeld §. 25. β) ex post facto, wenn er die Schuld ohne Zuſtimmung des Rückempfängers der Dos erläßt (etiamsi id propter egestatem soceri factum esset: L. 66. §. 6. D. h. t.) oder eine Novation vornimmt, oder gegen Verzinſung weiter creditirt (not. n.).

[3] Es iſt möglich, daß der Gegenſtand der Dos während der Ehe verändert wird, wo denn dasjenige zu reſtituiren iſt, was an die Stelle des urſprünglichen Gegenſtandes getreten. Dies kann durch Vertrag geſchehen, mit Einwilligung nämlich des zur Rückforderung Berechtigten, nur nicht zum Nachtheil der Frau (§. 400.), und nicht durch ungültige donatio inter virum et uxorem; L. 25... 27. 32. 38. D. de iure dot. 23. 3. L. 21. 32. D. de pact. dot. 23. 4. L. 7.

§. 5. D. de don. int. v. et u. 24. 1.; oder auch durch andere Umstände, z. B. durch Evictionsleistung (not. e.), oder durch Theilung: L. 78. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. Si fundus communis in dotem datus erit, et socius egerit cum marito communi dividundo, adiudicatusque fundus socio fuerit, in dote erit quantitas, qua socius marito damnatus fuerit; aut si omissa (Hal. *admissa*) licitatione extraneo addictus is fundus fuerit, pretii portio, quae distracta est *(quo distractus est?)*, sed ita, ut non vice corporis habeatur, nec divortio secuto praesenti die, quod in numerō (Hal. *numerato*) est, restituatur, sed statuto tempore solvi debeat. Quodsi marito fundus fuerit adiudicatus, pars utique data in dotem dotalis manebit; divortio autem facto sequetur restitutionem *(dotis aut partis)*, propter quam ad maritum pervenit, etiam altera portio, scilicet ut recipiat tantum pretii nomine a muliere, quantum dedit ex condemnatione socio, nec audiri debebit alteruter eam aequitatem recusans, aut mulier in suscipienda altera parte quoque, aut vir in restituenda. Sed an constante matrimonio non sola pars dotalis sit, quae data fuit in dotem, sed etiam altera portio? videamus. Julianus de parte tantum dotali loquitur, et ego dixi in auditorio, illam solam dotalem esse. vgl. §. 402. not. l.

§. 407.

bb) Nebensachen.

Mit der Hauptsache muß auch alles dasjenige erstattet werden, was zu derselben inzwischen als Zuwachs des Dotalcapitals hinzugekommen ist [a], und kann in Beziehung darauf der Mann in gleicher Weise, wie rücksichtlich der Hauptsache, verantwortlich werden. Nur die Nutzung der Dos während der Ehe soll der Mann haben und daher, was er an Früchten, natürlichen oder bürgerlichen, davon bezogen hat, ihm bleiben [b]; aber auch dieses nur entsprechend der Zeit, während welcher die Ehe bestand und die fruchterzeugende Sache wirklich dotal war. Vorher bezogene Früchte vermehren das Capital der Dos [c]; nachher aber ist der einer gewissen Zeitperiode entsprechende Fruchtertrag, sofern diese nicht auch ganz in die Ehe fällt, nach Verhältniß der Zeit zwischen dem Manne und dem Rückempfänger zu theilen, so daß nach Umständen jener von den noch während der Ehe gewonnenen Früchten einen Theil herausgeben muß oder von den später erst zu beziehenden einen Theil noch in Anspruch nehmen kann [d].

[a] L. 4. 10. §. 1. 2. L. 65. D. de iure dot. 23. 3. L. 7. §. 12. D. h. t. 24. 3. L. un. §. 9. Cod. de rei ux. act. 5. 13. cf. §. 401. 404. Anm. 2. [b] L. un. §. 7. 9. Cod. l. c. L. 7. pr. D. de iure dot. 23. 3. L. 20. Cod. eod. 5. 12. [c] L. 7. §. 1. L. 47. eod. L. 6. in f. L. 31. §. 4. D. h. t. 24. 3. [d] L. un. §. 9. cit. L. 5...8. D. h. t. 24. 3.

Anm. Das Princip der Früchtetheilung deutet im Allgemeinen an L. un. §. 9. Cod. cit. in den Worten: Sed et novissimi anni, in quo matrimonium solvitur, fructus pro rata temporis portione utrique parti debere adsignari... in rebus scilicet non aestimatis: womit zu vgl. L. 7. §. 6. 7. D. h. t. Quod in anno dicitur, potest dici et in sex mensibus, si bis in anno fructus capientur, ut est in locis irriguis. Et in pluribus annis idem dici potest, ut in silva caedua. Großen Meinungsſtreit aber hat veranlaßt L. 7. §. 1. D. eod. Papinianus lib. 11. quaest., divortio facto, fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim, si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex calendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Januarii suprema die facto divortio, retinere virum et vindemiae fructus, et eius anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis, aequum est; alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si fine mensis Januarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. §. 2. E contrario quoque idem observandum est: nam si mulier, percepta vindemia, statim fundum viro in dotem dederit, et vir ex calendis Martiis eundem locaverit, et calendis Aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensium, quo dotale praedium fuit, ex mercede, quae debebitur, portionem retinebit. — Ueber die verſchiedenen Erklärungsverſuche des §. 1. ſiehe Haſſe im Rh. Muſ. II. 1. fg. Francke im civ. Arch. XXX. 10. Bang. (6. Aufl.) §. 220. Anm. 2. Dem Reſultat nach befriedigend wäre die von dem letzten zu Ehren gebrachte und von Böcking Pand. III. §. 14. not. e. als die „ungezwungenſte" gebilligte Erklärung des Duarenus, wornach §. 1. ſagen ſoll, der Ertrag der Weinleſe ſey mit $^{9}/_{12}$ des Pachtſchillings ſo zu vereinigen, daß daraus das dem Manne (für die viermonatliche Dauer der Ehe) gebührende $^{1}/_{3}$ hervorgehe, zu dem Zwecke aber ſey von der Weinärndte eben nur $^{1}/_{12}$ zu den $^{9}/_{12}$ des Pachtſchillings hinzuzuthun. Schade nur, daß dieſes Reſultat nicht zu gewinnen iſt, ohne den Worten und der Logik des Verfaſſers der Stelle unleidliche Gewalt anzuthun! Vgl. Brinkmann im civ. Arch. XXXVI. 15., welcher ſeinerſeits durch Textverbeſſerung zu helfen verſpricht.

§. 408.

cc) Gegenanſprüche.

Gegenanſprüche von Seiten des Mannes können wegen Verwendungen auf die Dos entſtehen[a]. Wegen nothwendiger Verwendungen kann ſchlechthin Erſatz gefordert werden, bevor die Dos reſtituirt wird[b]; ja es wird dadurch das Capital der Dos ſoweit eine Aufrechnung möglich iſt, von ſelbſt vermindert und möglicher

[a] Dig. de impensis in res dotales factis. 25. 1. [b] L. 5. pr. D. h. t.

Weise aufgezehrt [c]. Es gilt dies von den zur Abwendung des Untergangs oder der Verschlechterung der Dotalgegenstände erforderlichen außerordentlichen und nicht unbedeutenden Verwendungen, wegen deren Unterlassung der Mann verantwortlich seyn würde, mit Ausschluß des gewöhnlichen Aufwands zur Erhaltung der Sachen, der als eine auf der Nutzung ruhende Last anzusehen ist [d]. Wegen bloß nützlicher Verwendungen [e] kann die Restitution der Dos an die Frau oder deren Erben nicht vorenthalten oder verzögert werden, sondern ist deren Ersatz durch mandati oder negotiorum gestorum contraria actio besonders einzuklagen [f]; in Betreff bloß zierender Verwendungen aber hat der Mann und dessen Erben lediglich das ius tollendi [g]. Sofern Früchte zu erstatten sind, werden davon, wie immer, die Kosten der Gewinnung in Abzug gebracht [h]. Uebrigens kann gleich dem Ersatz der Verwendungen auch Uebernahme der Verbindlichkeiten begehrt werden, welche der Mann bezüglich der Dotalgegenstände, ohne Verschulden von seiner Seite, contrahirt hat [i].

Anm. Nach altem Recht konnten retentiones ex dote stattfinden aut propter liberos aut propter mores aut propter impensas aut propter res donatas aut propter res amotas. Ulp. VI. §. 9...17. Im Justinianischen Recht sind die beiden ersten Gründe einer Retentio ganz beseitigt, in den drei andern Fällen aber ist, abgesehen von nothwendigen Verwendungen, eine Retention der Dos für unzulässig erklärt. L. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act. Dies bezieht sich jedoch nicht auf die Restitution der dos receptitia an den fremden Bestellet. L. un. §. 13. Cod. l. c. §. 405. Anm. 1.

§. 409.

γ) Zeit der Restitution.

Die Restitution der Dos kann regelmäßig erst nach Auflösung der Ehe, nur ausnahmweise wegen Verarmung des Mannes [1] schon während derselben begehrt werden [a]. Aber auch nach Trennung der Ehe müssen nur Grundstücke sofort herausgegeben werden; andere Dotalgegenstände erst binnen einem Jahre [2], nach dessen Ablauf von

[c] L. 5. pr. §. 1. 2. eod. L. un. §. 5. Cod. de rei ux. act. 5. 13. §. 37. J. de act. 4. 6. cf. L. 56. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. [d] L. 79. pr. D. de V. S. L. 1. [e] 12. 14. pr. 15. 16. D. h. t. 25. 1. cf. L. 13. eod. L. 7. §. 16. D. sol. matr. 24. [f] L. 79. §. 1. D. de V. S. L. 5. §. 3. L. 6. 10. 14. §. 1. D. h. t. 25. 1. [g] L. un. §. 5. Cod. cit. cf. L. 7. §. 1. L. 8. D. h. t. L. 7. §. 16. cit. [h] L. 7. pr. L. 9. pr. 14. §. 1. D. h. t. L. un. §. 5. cit. [i] L. 16. D. h. t. [k] L. 55. D. sol. matr. 24. 3. cf. L. 1. §. 3. D. h. t. 25. 1. — L. 25. §. 4. D. sol. matr.

[a] L. 29. Cod. de iure dot. 5. 12. (§. 404. not. e.).

elbſt eine geſetzliche Zinspflicht zu 4 Procent für den ganzen Betrag es Werthes eintritt [b]. Jedoch gebühren die baaren Einkünfte auch von den als Species zu reſtituirenden beweglichen Sachen für dieſe Zeit dem Rückempfänger der Dos [c], während ſonſt das commodum temporis dem Manne oder deſſen Erben zukommt [d].

Anm. [1] Nicht bloß im Fall des Concurſes: Seuffert's Arch. IV. 57.

[2] Nach altem Recht war Regel: Dos si pondere numero mensura constat, annua, bima, trima die redditur. — reliquae dotes statim reddebantur. Ulp. VI. §. 8. Juſtinian hat dies abgeändert (not. b. c.).

δ) Klagen.

§. 410.

aa) Die perſönliche Dotalklage [a].

Um die Rückgabe der Dos zu erwirken, hat der Berechtigte eine perſönliche Klage gegen den Mann [1] und deſſen Erben [b]. Gründet ſich das Recht der Rückforderung lediglich auf beſondere Verabredung, ſo beſtimmt die Natur dieſes Vertrages auch den Charakter der Klage, die darnach bald ex stipulatu bald praescriptis verbis actio iſt [c]. Diejenigen Perſonen aber, welchen nach der Regel des Dotalrechts auch ohne beſondere Verabredung die Rückforderung zuſteht, haben in jedem Fall eine perſönliche actio de dote [d], die, obwohl bonae fidei actio, und eine Stipulation nicht vorausſetzend, von Juſtinian doch ex stipulatu actio genannt iſt [2]. Zur Begründung dieſer Klage iſt der Beweis der Beſtellung der Dos erforderlich [e], und, wenn dieſe zunächſt durch Verſprechen geſchehen, nach Umſtänden, insbeſondere immer dann, wenn der Rückfordernde ſelbſt der Verſprechende war, auch der Beweis der geſchehenen Auszahlung [f]. Gegen eine Urkunde über Empfang der Dos, wenn nicht hinterher eine beſondere Quittung über Auszahlung der verſprochenen Dos ausgeſtellt iſt [g], hat der Beklagte die querela oder exceptio non numeratae dotis, bis zum Ablauf eines Jahres oder dreier Monate nach Auflöſung der Ehe, je nachdem dieſe höchſtens zwei Jahre, oder länger als zwei, aber nicht

[b] L. un. §. 7. Cod. de rei ux. aut. 5. 13. §. 208. Anm. 2. b. [c] L. un. §. 7. in cit. [d] L. 24. §. 2. D. sol. matr. 24. 3. §. 220. Anm. 2.

[a] L. un. Cod. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita. 5. 13. [b] L. 2. 9. Cod. sol. matr. 5. 18. L. 46. D. eod. 24. 3. [c] L. un. §. 13. cit. [d] L. un. pr. §. 2. 4. 6. 14. Cod. l. c. §. 29. J. de act. 4. 6. cf. §. 405. [e] L. 1. Cod. de dote cauta non numerata. 5. 15. [f] L. 33. D. de iure dot. 23. 3. cf. §. 406. Anm. 2. [g] L. 14. §. 1. Cod. de non num. pec. 4. 30.

länger als zehn Jahre, bestanden hat [b]; außerdem fällt die Querel ganz weg [3].

Anm. [1] War der Mann noch in väterlicher Gewalt, und die Dos dessen Vater zugekommen, so findet gegen diesen die Klage statt. L. 22. §. 12. L. 31. §. 3. D. sol. matr. 24. 3.

[2] Das ältere Recht unterschied die actio ex stipulatu, eine vererbliche stricti iuris actio, welche Stipulation der Rückgabe voraussetzte, von der eigentlichen in Ermangelung einer Verabredung stattfindenden actio de dote oder rei uxoriae actio, welche bonae fidei actio war, und nur der Frau oder dem Vater, nicht den Erben, zustand. Justinian, indem er auch in diesem Falle den Erben der Frau die Klage beilegen wollte, als ob die Rückgabe stipulirt wäre, nannte sie actio ex stipulatu, ertheilte dieser aber die Natur einer bonae fidei actio, deren Wirkungen er zugleich in einzelnen Punkten näher bestimmte.

[3] War der Mann bei Eingehung der Ehe noch minderjährig, so soll er im Ganzen eine Frist von 12 Jahren für die Querel haben, seine Erben jedoch höchstens nur noch ein Jahr von seinem Tode an, wenn nämlich der Rest jener Zeitfrist nicht ohnehin schon geringer ist. Sind die Erben des zur Querel noch berechtigt gewesenen Mannes noch minderjährig, so ist ihnen eine Frist von 5 Jahren seit dem Tode ihres Erblassers vergönnt. nov. 100. cap. 2. Streitig ist übrigens: ob diese Vorschrift überhaupt auf alle Dotalgegenstände, oder nur auf vertretbare sich beziehe? ob sie auf jeden Empfangschein über die Dos oder nur auf das Empfangsbekenntniß in einer Ehestiftung (instrumentum dotale) Anwendung finde? Sint. §. 96. not. 30...34. §. 133. not. 36.

§. 411.

bb) Dingliche Klagen.

Zur Sicherheit der Dotalforderung hat die Frau ein allgemeines Pfandrecht an dem Vermögen des Mannes [a]. Dieses beginnt mit dem Zeitpunkt der Bestellung, beziehungsweise der Auszahlung (Illation) der Dos [b]. Kraft desselben können daher auch die zur Dos gegebenen Sachen selbst mit der Pfandklage, und zwar vor andern Gläubigern des Mannes, in Anspruch genommen werden [c]. Justinian aber hat zudem der Frau das Recht gegeben, die noch vorhandenen Dotalsachen, ohne Unterschied, ob sie mit oder ohne Schätzung in dotem gegeben waren, sofort nach Auflösung der Ehe, wie im Fall der Verarmung des Mannes schon während derselben, als ihr gehörig mit der Eigenthumsklage in Anspruch zu nehmen [d]. Diese Klage dient ihr dazu, gegen jeden Besitzer die Sachen selbst zu erlangen, die Pfandklage schützt sie gegen diejenigen,

[a] Nov. 100. cap. 1. 2. L. 3. Cod. de dote cauta. 5. 15. cf. §. 262. 281.

[b] L. un. §. 1. Cod. de rei ux. act. 5. 13. §. 29. J. de act. 4. 6. §. 373. Anm. 2. c. vgl. §. 385. not. c. d. [c] L. 19. Cod. de donat. ante nupt. 5. 3. [d] L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. [d] L. 30. Cod. l. c.

welchen vom Manne ein Pfandrecht an denſelben eingeräumt wor-den. Gegen beide Klagen findet keine Einwendung wegen Erſitzung oder Verjährung ſtatt, wenn nicht ſeit Auflöſung der Ehe oder Ver-armung des Mannes die dazu erforderliche Zeit abgelaufen iſt.

Anm. Die von Juſtinian a. p. Chr. 529. erlaſſene L. 30. Cod. l. c. ſagt: In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, *si tamen extant*, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam iubemus, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sint, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, quum eaedem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in eius permanserint dominio.... Volumus itaque eam in rem actionem in huiusmodi rebus quasi propriis habere et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut, sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, vel secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam, ei plenissime consulatur. etc. Die Worte: *si tamen extant*, ſind zu erklären: wenn die Sachen noch im Vermögen des Mannes vorhanden, alſo nicht von demſelben gültig veräußert ſind, (cf. „si non fuerint alienatae vel consumtae vel suppositae“, in L. 6. in f. Cod. de sec. nupt. 5. 9.); der Rückfall des Eigenthums geſchieht ex nunc, nicht ex tunc (§. 128. not. g. Puchta §. 142. not. f. g.); ſonſt würde das Geſetz die Veräußerung aller Dotalſachen, ſelbſt der äſtimirten, dem Manne entzogen haben, was um ſo weniger anzunehmen iſt, da Juſtinian erſt ſpäter noch das Verbot der Veräußerung von Dotalgrundſtücken beſonders beſtätigt und erweitert hat in L. un. §. 15. Cod. de rei ux. act. 5. 13. Die Auslegung des Geſetzes iſt jedoch ſehr ſtreitig. Löhr im Mag. IV. 7. Sint. §. 133. not. 12.

§. 412.

B. Paraphernalgut der Frau.

Das Vermögen der Frau, welches nicht zur Dos gegeben iſt, wird mit dem griechiſchen Ausdrucke *παράφερνα* bezeichnet [a]. Auf dieſes Vermögen und deſſen Verwaltung hat die Ehe an ſich keinen juriſtiſchen Einfluß. Der Mann hat in Beziehung darauf nur ſo viel Befugniſſe als ihm die Frau einräumt [b]. Dieſe kann ihm die Verwaltung und zum Zweck derſelben ſelbſt das Eigenthum für die Zeit der Ehe übertragen [c]; aber es entſteht daraus kein eigenthümliches eherechtliches Verhältniß [d]; nur haftet der Mann auch hier, wie bezüglich der Dotalſachen, nur für diligentia quam suis

[a] L. 8. Cod. de pact. conv. 5. 14. [b] L. 8. Cod. cit. L. 17. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16. [c] L. 9. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 11. Cod. de pact. conv. 5. 14. [d] L. 9. §. 3. in f. cit.

rebus [c], und hat die Frau wegen ihrer daraus hervorgehenden Anſprüche ein geſetzliches Pfandrecht [f].

Anm. Die heutige Terminologie nennt bona parapherna insbeſondere diejenigen Güter der Frau, deren Verwaltung dem Manne überlaſſen iſt, arg. L. 11. Cod. cit. „ut loco paraphernorum apud maritum maneant“; diejenigen dagegen, deren Verwaltung die Frau ſelbſt behält, bona receptitia, nach Gell. noct. att. XVII. 6. „servum receptitium, hoc est, proprium servum suum, quem cum pecunia reliqua receperat neque dederat dori sed retinuerat.“ Der letzte Ausdruck kann leicht zu dem Irrthum verleiten, als müſſe ſich die Frau die Verwaltung beſonders vorbehalten.

§. 413.

C. Donatio propter nuptias [a].

Donatio propter nuptias, vor Juſtinian ante nuptias donatio genannt, iſt ein beſonderes Rechtsinſtitut, ähnlich der Dos, eine Gabe nämlich von Seiten des Mannes zu Gunſten der Frau für den Fall ſeiner Verarmung oder der Trennung der Ehe durch ſeine Schuld oder auch durch ſeinen Tod [b]. Sie iſt in ihrer römiſchen Bedeutung kein praktiſches Inſtitut des heutigen gemeinen Rechts [1]. In einem andern Sinn heißt donatio ante nuptias oder sponsalitia eine Schenkung, die unter Verlobten, in Rückſicht auf die beabſichtigte Ehe, gemacht wird [c]. Eine ſolche kann, wenn die Ehe nicht erfolgt, zurückgefordert werden, es trüge denn der Geber die Schuld der Auflöſung des Verlöbniſſes [d]; jedoch die Schenkung des Bräutigams an die Braut, interveniente osculo [2], nur zur Hälfte, wenn das Verlöbniß durch den Tod aufgelöst wird [e].

Anm. [1] Das Weſen der römiſchen donatio propter nuptias iſt ſehr ſtreitig. Vgl. Burchardi im civ. Arch. IX. 4. Warnkönig daſ. XIII. 1. Löhr XV. 20. XVI. 1. und Francke daſ. XXVI. 1. Sint. §. 132. not. 3. Aehnliche, auch wohl mit demſelben Namen bezeichnete Verhältniſſe des deutſchen Rechts, ſind davon wohl zu unterſcheiden. Phillips deutſches Privatrecht. §. 132. 133. vgl. Bayr. Landr. I. 6. §. 14.

[2] Puchta §. 424. not. b. „Es bedarf zur Erklärung dieſer Beſtimmung keiner künſtlichen Herleitung aus dem alten Verwandtſchaftsrecht, wie ſie Klenze (Zeitſchr. f. geſch. Rtsw. VI. S. 72. fg.) verſucht hat. Der Kuß ſoll das Kennzeichen eines Verlöbniſſes ſeyn, das ein näheres Verhältniß unter den Verlobten wirklich

[a] L. 11. in f. Cod. cit. [f] L. 11. cit. cf. §. 373. Anm. 2. g. β.
[a] Cod. de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsalitus. 5. 3.
[b] L. 17...20. Cod. l. c. Nov. 61. 97. 109. [c] L. 1...16. Cod. l. c. cf. L. 32. §. 25. D. de don. int. v. et u. 24. 3. [d] L. 15. Cod. l. c. [e] L. 16. Cod. l. c.

zur Folge gehabt hat.“ Dagegen Sint. §. 135. not. 10. 11. Ueber muthmaßlichen Zuſammenhang der von Conſtantin ad Tiberianum vicarium Hispaniarum gerichteten Conſtitution mit einer ſpaniſchen Sitte vgl. Spangenberg, prakt. Erörtr. I. 9.

§. 414.

D. Schenkungen unter Ehegatten[a].

Schenkungen unter Ehegatten, alſo während des Beſtehens einer gültigen Ehe[b], nicht vor deren Eingehung[c] oder nach deren Auflöſung[d], ſind ungültig[1]; es ſoll nicht der eine ſein Vermögen auf Koſten des andern durch deſſen Freigebigkeit bereichern[2]. Die Schenkung iſt nichtig[e]; die geſchenkte Sache geht nicht in das Eigenthum des Beſchenkten über[f]; das Schenkungsverſprechen erzeugt keine Klage, die ſchenkungsweiſe gewährte Schuldbefreiung iſt als nicht geſchehen zu betrachten[g]; eine Condictio ſteht dem Schenker zu, wo ſonſt auf ſeine Koſten dem Vermögen des andern ein Vortheil zugegangen iſt[h], und ſo auch, wenn der Beſchenkte den urſprünglichen Gegenſtand der Schenkung nicht mehr hat[i]. Aber die Klage geht nur auf die dem Beſchenkten gebliebene Bereicherung[k]; dieſer behält auch die Früchte, welche er durch ſeinen Fleiß von der Sache gewonnen hat[l].

Ueberlebt jedoch der Schenker den Beſchenkten nicht, ſo wird durch ſeinen Tod die Schenkung vollgültig und unanfechtbar[m], convalescit donatio[3], wenn er nicht ſeinen Willen geändert hat[n], vorausgeſetzt, daß die Schenkung aus keinem andern Grunde, als der Ehe wegen, ungültig war[o]. Eine Schenkung auf den Todesfall iſt als ſolche unter Ehegatten immer gültig[p].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Savigny Syſtem IV. S. 165...194. Die Regel erſtreckt ſich auch auf Schenkungen von und an Perſonen, welche mit dem einen Ehegatten durch das Band der väterlichen Gewalt verbunden ſind, ſowie unter

[a] Dig. de donationibus inter virum et uxorem. 24. 1. Cod. de donationibus int. vir. et ux. et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione. 5. 16. [b] L. 3. §. 1. L. 65. D. h. t. cf. L. 32. §. 27. 28. eod. L. 7. Cod. h. t. L. 4. Cod. de incest. nupt. 5. 5. [c] L. 27. 66. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 1. D. de donat. 39. 5. L. 6. Cod. de don. ante nupt. 5. 3. cf. L. 5. pr. 24. D. h. t. L. 4. Cod. de don. ante nupt. 5. 3. L. 32. §. 22. D. h. t. [d] L. 35. 64. D. h. t. [e] L. 3. §. 10. eod. [f] L. 3. §. 11. L. 5. §. 18. L. 33. §. 1. L. 36. pr. eod. [g] L. 3. §. 10. L. 5. §. 1...5. eod. [h] L. 5. §. 6. 7. eod. [i] L. 5. §. 18. L. 6. eod. [k] L. 7. pr. §. 3. L. 33. §. 1. eod. cf. §. 145. Anm. 4. c. [l] L. 15. §. 1. . . L. 17. pr. eod. L. 45. D. de usur. 22. 1. [m] L. 32. D. h. t. [n] L. 32. §. 3...5. 15. eod. L. 12. Cod. h. t. cf. L. 22. D. de probat. 22. 3. nov. 162. cap. 1. (ungloſſirt.) [o] L. 25. Cod. h. t. [p] L. 9. §. 2. L. 10. 11. D. h. t.

denjenigen, welche mit dem einen und welche mit dem andern Ehegatten in ſolcher Verbindung ſtehen: mit Ausnahme der Schenkungen aus oder zum peculium castrense oder quasi castrense. L. 3. §. 2...8. L. 32. §. 16...21. D. h. t. L. 4. 5. Cod. eod. cf. L. 62. pr. D. eod. Dieſe Ausdehnung hatte ihren Grund in dem vermögensrechtlichen Einfluß der väterlichen Gewalt nach älterm Recht, der bei jenen beiden Peculien ausgeſchloſſen war. Nach Juſtinianiſchem Recht (§. 429.) wäre es nun zwar conſequent geweſen, ebenſo auch in andern Fällen dieſer Art eine Aenderung der Regel anzunehmen, und ſo behauptet auch Savigny a. a. O. S. 172., die Schenkung an die Kinder in der Gewalt des Mannes ſey nun gültig, mit Ausſchließung des väterlichen Nutznießrechts. Aber in den Pandekten ſind noch die Grundſätze des ältern Rechts vollſtändig aufgenommen. — Schlechthin ausgenommen von der Regel ſind Schenkungen zwiſchen dem Regenten und deſſen Gattin. L. 26. Cod. h. t.

[2] L. 1. D. h. t. Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. L. 3. pr. eod. Haec ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est; nam ita ait: *Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.* cf. L. 28. §. 2. eod. Et sane non amare nec tanquam inter infestos ius prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu et solam inopiam timentes. Nur Schenkungen, mit Verminderung des einen zur Bereicherung des andern Vermögens, fallen demnach unter die Regel: L. 5. §. 8...17. L. 7. §. 1. 2. D. h. t. cf. L. 25. eod.: nicht bloße Gewährung des Mitgenuſſes einer Sache, L. 18. 31. §. 1. eod., oder Gaben des Mannes zu Beſtreitung gewöhnlicher Bedürfniſſe, L. 15. pr. 21. pr. 31. §. 8. cf. L. 33. §. 1. eod., nach beſonderer Beſtimmung auch nicht die zum Wiederaufbau eines zerſtörten Gebäudes, L. 14. eod.; ſodann auch nicht donationes honoris s. dignitatis mariti causa, L. 40...42. eod., oder exsilii causa, L. 43. eod., oder divortii causa, „quae tamen sub ipso divortii tempore, non quae ex cogitatione quandoque futuri divortii fiunt: L. 11. §. 11. L. 12. 13. pr. 60. §. 1. L. 61. 62. eod. Uebrigens bezieht ſich die Regel auf jede Art von Schenkung (dando, promittendo, liberando), L. 3. §. 9...L. 4. 5. §. 1...4. D. h. t., auch die unter dem Schein eines onerofen Geſchäfts verdeckte, L. 5. §. 5. L. 7. §. 6. L. 31. §. 3...5. L. 52. pr. D. eod. Vgl. noch insbeſondere L. 44. eod. Si extraneus rem viri, ignorans eius esse, ignoranti uxori, ac ne viro quidem sciente eam suam esse, donaverit, mulier recte eam usucapiet. Idemque iuris erit, si is, qui in potestate viri erat, credens se patremfamilias esse, uxori patris donaverit. Sed si vir rescierit suam rem esse, priusquam usucapitur, vindicareque eam poterit nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, quia transit in causam ab eo factae donationis. Ipsius mulieris scientia propius est, ut nullum adquisitioni dominii eius

adferat impedimentum; non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factae adquirere prohibitae sunt. Savigny in der Ztſchr. f. geſch. Rtsw. I. 10. (vermiſchte Schriften III. 25.) hat zuerſt dieſe Stelle mit Herſtellung der richtigen Interpunction (vor Ipsius ſtatt hinter scientia) befriedigend erklärt: vgl. Sav. Syſt. IV. S. 570. fg.

[a] Dies wurde als Neuerung eingeführt durch eine Oratio des Antoninus Caracalla, „ante excessum Divi Severi patris sui", L. 32. pr. D. h. t. vgl. §. 2. ibid. Ait oratio: *Fas esse, eum quidem, qui donavit, poenitere, heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse.* §. 14. ibid. Ait enim oratio: *si prior vita decesserit, qui donatum acceperit;* non videtur autem prior vita decessisse, qui donatum accepit, cum simul decesserint (cf. §. 27. Anm. 2.). — Sehr ſtreitig aber iſt die Frage: ob auch das nicht erfüllte Schenkungsverſprechen durch den Tod des Verſprechenden convaleſcire? verneint von Wächter im civ. Arch. XVI. 4. Bang. §. 225. Anm. 2. u. a. arg. L. 23. D. h. t. (Ulp. lib. 6. ad Sab.) Papinianus recte putabat, orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere: denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate decesserit; dagegen bejaht von Löhr im civ. Arch. XVI. 9. (welcher in L. 23. cit. das *recte* ausſtreicht), Puchta im Rh. Muſ. VI. 9., kl. Schriften S. 332. fg. (welcher L. 23. cit. auf eine frühere beſchränktere Oratio des Severus bezieht, cf. Vat. fragm. §. 276. L. 3. Cod. h. t.), Savigny IV. S. 190. fg. (welcher in L. 23. den zweiten Theil als bloß referirend, nicht billigend, auffaßt), und zwar arg. a) L. 32. §. 1. D. h. t. Oratio . . . pertinet . . . ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius, cui donatae sunt, et obligatio sit civilis. cf. L. 32. §. 23...26. eod. b) L. 23. pr. eod. Si stipulata fuerit mulier annuum . . . si manente matrimonio decessisse maritus proponatur, puto, quia in annuo quoque donatio vertitur, posse dici, stipulationem (al. *donationem*) confirmari ex senatusconsulto. §. 2. Et si forte maritus ab uxore stipulatus sit id annuum decesseritque mulier constante matrimonio, dicendum erit, ex oratione donationem convalescere. c) Nov. 162., cap. 1. §. 1., welche ausdrücklich und allgemein die Convaleſcenz des Schenkungsverſprechens anerkennt, jedoch nicht gloſſirt iſt. Vgl. auch noch L. 2. Cod. de dote cauta. 5. 15.

§. 415.

E. Entwendungen unter Ehegatten[a].

Wegen Entwendungen, die ein Ehegatte gegen den andern begangen, findet ſelbſt nach Auflöſung der Ehe nicht die actio furti ſtatt, ſondern nur reipersecutoriſche Klagen[b]. Eine beſondere Klage aber, actio rerum amotarum, iſt für den Fall einer Entwendung

[a] Dig. de actione rerum amotarum. 25. 2. Cod. 5. 21. [b] L. 2. 3. §. 2. L. 22. §. 1. L. 24. 25. D. h. t. cf. L. 2. Cod. h. t.

gegeben, die ein Ehegatte gegen den andern oder denjenigen, in dessen Gewalt dieser steht [c], mit Rücksicht auf bevorstehende Scheidung begangen hat [d], wenn die Scheidung wirklich erfolgt [e]. Die Klage ist eine condictio [f], gleich der condictio furtiva auf Ersatz gerichtet [g], auch als actio de peculio möglich [h]. Sie wird aber auch schon durch die bloße Beihülfe des Gatten zur Entwendung begründet, ohne daß die Sache an diesen gekommen ist [i], und wird in einer Stelle [k] auch bezüglich der Anstellung gegen die Erben des Schuldigen gleich einer Delictsklage behandelt. Ist dem einen Ehegatten eine ihm nicht gehörige Sache, für die er einem Dritten verantwortlich ist, durch den andern entwendet worden, so ist die actio rerum amotarum schon während der Ehe zulässig [l].

§. 416.

F. Vermögensrechtliche Folgen der Ehescheidung.

Die Ehescheidung kann, abgesehen von den Folgen der Auflösung der Ehe überhaupt, noch besondere vermögensrechtliche Wirkungen haben. Nach römischem Recht sind 1) bedeutende Vermögensnachtheile als Strafen gesetzwidriger Scheidung festgesetzt [a]. Diese sind jetzt unpraktisch, weil nach heutigem Recht eine Ehescheidung durch Privatwillkür gar nicht mehr stattfindet. 2) Solche Vermögensnachtheile sind aber auch, und zwar zum Vortheil des andern Ehegatten, demjenigen angedroht, welcher die Ehescheidung verschuldet, indem er durch sein Betragen eine rechtmäßige Ursache dazu gegeben hat [b], und diese Bestimmungen sind auch heutzutage noch anwendbar [1], nicht nur bei vollständiger Auflösung der Ehe (quoad vinculum) nach protestantischem Eherecht, sondern auch bei der nach katholischem Eherecht allein möglichen Trennung von Tisch und Bett [c]. Es verliert nämlich a) die schuldige Frau an den Mann die Dos, welche sonst an sie zurückfallen würde, und, wenn sie keinen solchen Dotalanspruch hat, ein Viertheil ihres Vermögens, jedoch nicht über hundert Pfund Goldes; ist sie des Ehebruchs

[a] L. 6. 15. §. 1. D. eod. [d] L. 11 §. 1. L. 17. §. 1. L. 20. 21. pr. eod. [e] L. 25. 30. eod. cf. L. 6. §. 3...6. eod. — L. 2. Cod. h. t. [f] L. 26. D. eod. [g] L. 17 §. 2. L. 21. §. 3...6. eod. [h] L. 3. §. 4. L. 6. §. 2. D. eod. [i] L. 19. 20. eod. [k] L. 3. Cod. h. t. cf. L. 6. §. 4. D. h. t. §. 104. Anm. 2. [l] L. 22. § 4. Cod. de furt. 6. 2.

[a] Nov. 117. cap. 13. nov. 127. cap. 4. nov. 134. cap. 11. cf. nov. 140. L. 8...11 Cod. de repud. 5. 17. [b] nov. 117. cap. 8. 9. cf. L. 11. § 1. Cod. l. c. [c] arg. cap. 4. X. de donat. int. v. et u. 4. 20.

überführt, so wird diese Strafe noch um ⅓ erhöht. b) Der Mann als schuldiger Theil hat umgekehrt an die Frau nebst der Dos die donatio propter nuptias[2], und in Ermanglung einer solchen ebenfalls ein Viertheil seines Vermögens (mit gleicher Beschränkung) herauszugeben, noch um ⅓ dieses Betrages mehr aber, wenn er die Frau fälschlich des Ehebruchs angeklagt oder durch Unterhaltung einer Beischläferin ihr zur Scheidung Ursache gegeben hat. Sind Kinder aus der Ehe vorhanden, so ist diesen die Proprietät an dem fraglichen Vermögen vorbehalten; der unschuldige Ehegatte erhält nur den Nießbrauch daran. c) Außerdem verliert natürlich jeder Ehegatte durch die Scheidung diejenigen Vermögensvortheile, welche ihm im Fall der Aufhebung der Ehe durch den Tod zugekommen wären[d], und besteht in dieser Beziehung die Vermuthung, daß, was ein Ehegatte dem andern letztwillig zugedacht hat, diesem nur im Falle der Trennung der Ehe durch den Tod, nicht auch im Falle der Scheidung, hinterlassen seyn solle[e].

Anm. [1] Vgl. darüber, so wie über verschiedene streitige Punkte in dieser Lehre Sint. III. §. 136.

[2] Da nach nov. 97. cap. 1. der Dos immer eine donatio propter nuptias von gleichem Vermögensbetrage entsprechen und hierin eine völlige Gleichstellung beider Ehegatten statthaben sollte, so behaupten Manche, daß nun heutzutage, wenn eine Dos ohne entsprechende donatio propter nuptias bestellt sey, anstatt der letzten der schuldige Mann einen der ersten gleichkommenden Betrag aus seinem Vermögen zu zahlen habe. Göschen §. 718. Sint. a. a. O. S. 82.

§. 417.

G. Folgen der Wiederverheirathung[a].

Mit der Wiederverheirathung nach Auflösung einer frühern Ehe verbindet das römische Recht verschiedene vermögensrechtliche Folgen, wesentlich zu Gunsten der Kinder aus der frühern Ehe, zum Nachtheil aber des sog. coniux oder parens binubus (oder auch trinubus u. s. w.). Man nennt sie, obwohl nicht ganz passend, poenae secundarum nuptiarum[1].

1) Der Binubus verliert an die Kinder aus der frühern Ehe die Proprietät der sog. lucra nuptialia, d. h. aller derjenigen Güter, welche er von Seiten des frühern Ehegatten, sey es durch

[a] L. 62. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. un. §. 1. D. de h. p. unde vir. 38. 11. [d] L. 49. §. 6. D. de legat. III. L. 3. D. de auro. 34. 2. cf. L. 11. §. 10. D. de donat. int. v. et u. 24. 1.

[e] Cod. de secundis nuptiis. 5. 9.

gegeben, die ein Ehegatte gegen den andern oder denjenigen, in dessen Gewalt dieser steht [c], mit Rücksicht auf bevorstehende Scheidung begangen hat [d], wenn die Scheidung wirklich erfolgt [e]. Die Klage ist eine condictio [f], gleich der condictio furtiva auf Ersatz gerichtet [g], auch als actio de peculio möglich [h]. Sie wird aber auch schon durch die bloße Beihülfe des Gatten zur Entwendung begründet, ohne daß die Sache an diesen gekommen ist [i], und wird in einer Stelle [k] auch bezüglich der Anstellung gegen die Erben des Schuldigen gleich einer Delictsklage behandelt. Ist dem einen Ehegatten eine ihm nicht gehörige Sache, für die er einem Dritten verantwortlich ist, durch den andern entwendet worden, so ist die actio rerum amotarum schon während der Ehe zulässig [l].

§. 416.

F. Vermögensrechtliche Folgen der Ehescheidung.

Die Ehescheidung kann, abgesehen von den Folgen der Auflösung der Ehe überhaupt, noch besondere vermögensrechtliche Wirkungen haben. Nach römischem Recht sind 1) bedeutende Vermögensnachtheile als Strafen gesetzwidriger Scheidung festgesetzt. Diese sind jetzt unpraktisch, weil nach heutigem Recht eine Ehescheidung durch Privatwillkür gar nicht mehr stattfindet. 2) Solche Vermögensnachtheile sind aber auch, und zwar zum Vortheil des andern Ehegatten, demjenigen angedroht, welcher die Ehescheidung verschuldet, indem er durch sein Betragen eine rechtmäßige Ursache dazu gegeben hat [b], und diese Bestimmungen sind auch heutzutage noch anwendbar [1], nicht nur bei vollständiger Auflösung der Ehe (quoad vinculum) nach protestantischem Eherecht, sondern auch bei der nach katholischem Eherecht allein möglichen Trennung von Tisch und Bett [c]. Es verliert nämlich a) die schuldige Frau an den Mann die Dos, welche sonst an sie zurückfallen würde, und, wenn sie keinen solchen Dotalanspruch hat, ein Viertheil ihres Vermögens, jedoch nicht über hundert Pfund Goldes; ist sie des Ehebruchs

[a] L. 6. 15. §. 1. D. eod. [d] L. 11 §. 1. L. 17. §. 1. L. 20. 21. pr. eod. [e] L. 25. 30. eod. cf. L. 6. §. 3...6. eod. — L. 2. Cod. h. t. [f] L. 26. D. eod. [g] L. 17. §. 2. L. 21. §. 3...6. eod. [h] L. 3. §. 4. L. 6. §. 2. D. eod. [i] L. 19. 20. eod. [k] L. 3. Cod. h. t. cf. L. 6. §. 4. D. h. t. §. 104. Anm. 2. [l] L. 22. §. 4. Cod. furt. 6. 2.

[a] Nov. 117. cap. 13. nov. 127. cap. 4. nov. 134. cap. 11. cf. nov. 140. L. 8...11 Cod. de repud. 5. 17. [b] nov. 117. cap. 8. 9. cf. L. 11. §. 1. Cod. l. c. [c] arg. cap. 4. X. de donat. int. v. et u. 4. 20.

überführt, ſo wird dieſe Strafe noch um 1/3 erhöht. b) Der Mann als ſchuldiger Theil hat umgekehrt an die Frau nebſt der Dos die donatio propter nuptias[2], und in Ermanglung einer ſolchen ebenfalls ein Viertheil ſeines Vermögens (mit gleicher Beſchränkung) herauszugeben, noch um 1/3 dieſes Betrages mehr aber, wenn er die Frau fälſchlich des Ehebruchs angeklagt oder durch Unterhaltung einer Beiſchläferin ihr zur Scheidung Urſache gegeben hat. Sind Kinder aus der Ehe vorhanden, ſo iſt dieſen die Proprietät an dem fraglichen Vermögen vorbehalten; der unſchuldige Ehegatte erhält nur den Nießbrauch daran. c) Außerdem verliert natürlich jeder Ehegatte durch die Scheidung diejenigen Vermögensvortheile, welche ihm im Fall der Aufhebung der Ehe durch den Tod zugekommen wären[d], und beſteht in dieſer Beziehung die Vermuthung, daß, was ein Ehegatte dem andern letztwillig zugedacht hat, dieſem nur im Falle der Trennung der Ehe durch den Tod, nicht auch im Falle der Scheidung, hinterlaſſen ſeyn ſolle[e].

Anm. [1] Vgl. darüber, ſo wie über verſchiedene ſtreitige Punkte in dieſer Lehre Sint. III. §. 136.

[2] Da nach nov. 97. cap. 1. der Dos immer eine donatio propter nuptias von gleichem Vermögensbetrage entſprechen und hierin eine völlige Gleichſtellung beider Ehegatten ſtatthaben ſollte, ſo behaupten Manche, daß nun heutzutage, wenn eine Dos ohne entſprechende donatio propter nuptias beſtellt ſey, anſtatt der letzten der ſchuldige Mann einen der erſten gleichkommenden Betrag aus ſeinem Vermögen zu zahlen habe. Göſchen §. 718. Sint. a. a. O. S. 82.

§. 417.

G. Folgen der Wiederverheirathung[a].

Mit der Wiederverheirathung nach Auflöſung einer frühern Ehe verbindet das römiſche Recht verſchiedene vermögensrechtliche Folgen, weſentlich zu Gunſten der Kinder aus der frühern Ehe, zum Nachtheil aber des ſog. coniux oder parens binubus (oder auch trinubus u. ſ. w.). Man nennt ſie, obwohl nicht ganz paſſend, poenae secundarum nuptiarum[1].

1) Der Binubus verliert an die Kinder aus der frühern Ehe die Proprietät der ſog. lucra nuptialia, d. h. aller derjenigen Güter, welche er von Seiten des frühern Ehegatten, ſey es durch

[d] L. 62. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. un. §. 1. D. de b. p. unde vir. 38. 11. [e] L. 49. §. 6. D. de legat. III. L. 3. D. de auro. 34. 2. cf. L. 11. §. 10. D. de donat. int. v. et u. 24. 1.

[a] Cod. de secundis nuptiis. 5. 9.

Schenkung oder letztwillige Verfügung oder durch Dos oder Donatio propter Nuptias, gewonnen hat [2]; er behält daran nur den Nießbrauch. Die Veräußerung dieser Güter, selbst die schon vor Eingehung der andern Ehe vorgenommene, ist zu Gunsten der Kinder ungültig [3], kann jedoch von diesen oder deren Nachfolgern erst nach dem Tode des Parens binubus angefochten werden, und convalescirt, soweit durch den frühern Tod eines Kindes die Proprietät an jenen zurückkommt. Die Proprietät fällt an die Kinder nach Ordnung der gesetzlichen Erbfolge, aber ohne Rücksicht darauf, ob sie Erben des erstverstorbenen Parens geworden sind, jedoch mit Ausschluß derjenigen, welche gegen diesen sich einer Enterbungsursache schuldig gemacht haben [b]. Bestand das lucrum nuptiale an sich schon in Nießbrauch, so erleidet es durch die Eingehung der andern Ehe keine Schmälerung [c]. Den Kindern aus dieser Ehe soll andererseits die Dos oder Donatio propter nuptias, welche der Binubus daher bezogen hat, ebenfalls ungeschmälert vorbehalten seyn [d].

2) Der Binubus kann dem neuen Ehegatten auf keine Weise, weder inter vivos noch mortis causa, von seinem Vermögen mehr zuwenden, als das am wenigsten bedachte seiner Kinder aus der frühern Ehe, es sey denn ein solches, das er hätte enterben können, bekommt [e]. Ob diese Vorschrift verletzt sey, bestimmt sich nach den Verhältnissen zur Zeit des Todes des Binubus. Das dem zweiten Ehegatten zu viel Gegebene wird unter die Kinder voriger Ehe zu gleichen Theilen vertheilt [4]. Auch eine Verminderung der Dos oder Donatio propter nuptias für die zweite Ehe ist ungültig, sofern dadurch der zweite Ehegatte obiger Vorschrift zuwider begünstigt wird [f].

3) Der Parens binubus [5] bleibt nicht ferner befreit von Cautionsleistung für Vermächtnisse, die er an Kinder voriger Ehe zu entrichten hat [g].

4) Die Mutter, welche ein Kind früherer Ehe mit Geschwistern desselben zusammen ab intestato beerbt hat [6], verliert durch Eingehung einer andern Ehe die Proprietät an ihrem Erbtheil zum Vortheil ihrer Miterben, und behält nur den Nießbrauch. Tritt

[b] Nov. 22. cap. 22...26. cf. nov. 2. cap. 1. 2. 4. L. 6. §. 1. Cod. h. t. 5. 9. c §. 373. Anm. 2. f. β. [c] nov. 22. cap. 32. 33. cf. L. un. Cod. si secundo nupserit mulier, cui maritus usumfructum reliquit. 5. 10. [d] nov. 22. cap. 29. [e] L. 6 Cod. h. t. nov. 22. cap. 27. 28. [f] L. 19. Cod. de donat. ante nupt. 5. 3. nov. 22 cap. 31. [g] L. 6. §. 1. Cod. ad. Sc. Trebell. 6. 49. nov. 22. cap. 44.

der Erbfall erst nachher ein, so erhält sie von Anfang an nur den Nießbrauch daran [h].

5) Die mater binuba ist in Rücksicht des Widerrufs von Schenkungen an die Kinder voriger Ehe mehr beschränkt, wie sonst [i].

6) Dieselbe verliert die Vormundschaft über jene Kinder [k], sowie auch den vorzugsweisen Anspruch auf deren Erziehung [l], und erleidet zudem noch dieselben Nachtheile, wie bei Verletzung des Trauerjahrs (§. 418.), wenn sie zur andern Ehe geschritten ist, bevor sie jenen Kindern einen andern Vormund erbeten, Rechnung gelegt und ihre Verbindlichkeiten aus der Vormundschaft erfüllt hat [m].

Außerdem verliert der Ehegatte durch Wiederverheirathung dasjenige, was ihm von irgend jemanden unter der Bedingung oder Auflage, im Wittwenstande zu bleiben (indicta viduitate), zugewendet worden ist [n].

Anm. [i] Eine übersichtliche Darstellung derselben gibt Geiger in Linde's Ztschr. XIX. 7. vgl. Bang. §. 227. Anm. 1. Insbesondere über die Frage, ob der erstversterbende Ehegatte dem Ueberlebenden durch letzten Willen die Strafen der zweiten Ehe erlassen könne? Geiger a. a. O. S. 222. fg., gegen diesen aber Majer in Linde's Ztschr. n. F. V. 7.

[2] Die Proprietät der Dos, welche der Mann, beziehungsweise der donatio propter nuptias, welche die Frau lucrirte, sollte nach nov. 98. schlechthin, ohne Rücksicht auf eine zweite Ehe, den Kindern vorbehalten seyn; aber durch nov. 127. cap. 3. wurde dem überlebenden Ehegatten zu einem Kopftheil das Eigenthum gegeben, und darauf findet nun auch die obige Rechtsvorschrift Anwendung. Vgl. Marezoll in Linde's Ztschr. III. 5.

[3] Sofern die lucra nuptialia beim Tode des Parens noch vorhanden, weder veräußert noch consumirt worden sind, sollen sie, auch wenn jener nicht eine andere Ehe eingegangen war, doch den Kindern zukommen, ohne Rücksicht darauf, ob sie jenen beerbt haben oder nicht. L. 5. §. 2. L. 6. §. 3. Cod. h. t. 5. 9.

[4] Die Meinung, daß auch der zweite Ehegatte mit theile, gründet sich auf offenbar falsche Erklärung der Worte: hoc autem, quod plus est, divident ad invicem grati filii parentibus (nov. 22. cap. 27.), wie aus dem griechischen Texte vollends unzweifelhaft hervorgeht.

[5] Ohne Grund beschränken Viele dieses bloß auf den Vater, und nur auf einen ganz speciellen Fall will es beschränken Marezoll in Linde's Ztschr. V. S. 372. fg.

[6] Viele dehnen dieses nach nov. 118. auch auf den Vater aus, welcher bis

[h] nov. 22. cap. 46. cf. nov. 2. cap. 3. [i] L. 7. Cod. de revoc. donat. 8. 56. nov. 22. cap. 35. [k] nov. 22. cap. 40. nov. 94. cap. 2 [l] nov. 22. cap. 38. L. 1. Cod. ubi pup. 5. 49. [m] nov. 22. cap. 40. [n] nov. 22. cap. 43. 44. cf. Cod. de indicta viduitate et lege Julia Miscella tollenda. 6. 40. cf. §. 72. Anm. 5.

bis dahin nicht mit Geschwistern zusammen sein Kind beerben konnte, und es ist nicht zu läugnen, daß die Gleichstellung beider Aeltern in dieser Beziehung an sich angemessen scheint. Dagegen aber Marezoll a. a. O. S. 397. fg.; gegen diesen wieder Geiger a. a. O. S. 204. fg.

§. 418.

H. Besondere Folgen vorzeitiger Wiederverheirathung.

Nach Auflösung der Ehe, durch Tod des Mannes oder durch Scheidung, soll die gewesene Gattin nicht vor Ablauf eines Jahres, des uneigentlich sog. Trauerjahres [1], zu einer andern Ehe schreiten, damit nicht eine Ungewißheit der Vaterschaft für die nachher von ihr geborenen Kinder entstehe, sie hätte denn noch innerhalb jener Frist geboren, wodurch die Gefahr solcher Ungewißheit beseitigt ist. Die Verletzung dieser Vorschrift hatte nach dem prätorischen Edict für die Frau selbst und für diejenigen, welche außer ihr an der Schließung der Ehe Theil haben, Infamie zur Folge [a]. Die Frau sollte aber zudem nach neueren Gesetzen [b] alles, was sie vom vorigen Manne erhalten, an dessen Descendenten, Ascendenten oder Seitenverwandte bis zum zweiten Grade, und in deren Ermangelung an den Fiscus verlieren, dem neuen Gatten auf keine Weise mehr als ein Drittheil ihres Vermögens zuwenden können, und unfähig seyn, durch Schenkung oder letzten Willen etwas zu erwerben oder andere Personen, als Verwandte bis zum dritten Grad einschließlich, ab intestato zu beerben, und diese Strafen sollen ihr selbst durch den Regenten nicht erlassen werden können, wenn sie nicht sofort die Hälfte ihres Vermögens vollständig ihren Kindern abtritt. Dieselben Strafen sollen nach Justinians Vorschrift [c] die Frau auch dann treffen, wenn sie innerhalb des Jahrs ein Kind gebärt, von dem es gewiß ist, daß nicht ihr voriger Mann dessen Vater sey.

Das canonische Recht hat jedoch die Infamie wegen Verletzung des Trauerjahres aufgehoben [d], und darauf gestützt hat die Praxis überhaupt jene Strafen beseitigt, nur die Bestrafung der Unzucht innerhalb desselben durch Verlust der lucra nuptialia beibehalten [2].

[a] L. 1. 8...13. §. 4. D. de his qui not. infam. 3. 2. L. 8. §. 4. L. 9. Cod. de repud. 5. 17. L. 2. Cod. de sec. nupt. 5. 9. cf. §. 31. Anm. 1. [b] Nov. 22. cap. 22. [c] L. 1. 2. Cod. l. c. L. 4. Cod. ad Sc. Tertull. 6. 58. [c] Nov. 39. cap. 2. [d] cap. 4. 5. X. de sec. nupt. 4. 21.

Anm. [1] Das ältere Recht gebot überhaupt nach dem Tode naher Angehöriger die Beobachtung einer gewiſſen Trauerzeit, tempus lugendi, deren Verletzung Infamie nach ſich zog. fragm. Vat. §. 320. 321. cf. L. 25. pr. D. de his qui not. infam. 3. 2. Dies fiel ſpäter weg. L. 9. 11. pr. 23. D. l. c. Für die Frau aber blieb es beſtehen propter turbationem sanguinis, L. 11. §. 1. D. l. c., wurde aus dieſem Grunde aber auch für den Fall der Scheidung angenommen, L. 9. Cod. de repud., und die frühere Zeit von 10 Monaten (fragm. Vat. §. 321.) auf ein Jahr erſtreckt, L. 2. Cod. de sec. nupt., wodurch der angedeutete Geſichtspunkt einigermaßen verrückt worden iſt. Gleichwohl wurde in L. 11. §. 2. D. l. c. der Satz aufgenommen: eam, quae intra legitimum tempus partum ediderit, statim posse nuptiis se collocare, welchen freilich Bang. §. 227. Anm. 2. u. a. mit Rückſicht auf L. 11. §. 1. 3. ibid. auf den Fall beſchränken wollen, si talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, wie perduellionis damnati, suspendiosi oder qui manus sibi intulerunt mala conscientia.

[2] Das cap. 4. X. l. c. ſagt: Super illa quaestione, qua quaesitum est, an mulier possit sine infamia nubere intra tempus luctus secundum leges definitum, respondemus, quod, cum apostolus dicat: *mulier viro suo mortuo soluta est a lege viri sui et in Domino nubat, cui voluerit*, per licentiam et auctoritatem apostoli eius infamia aboletur. Man wendet nun zwar ein, daß nach den Regeln der Geſetzesauslegung hierdurch nicht auch die übrigen Folgen der Verletzung des Trauerjahrs für beſeitigt zu halten ſeyen, Bang. a. a. O., muß aber doch einräumen, „daß ſie allgemein in Vergeſſenheit gerathen ſeyn dürften", Sint. §. 137. not. 15., wornach denn nicht einzuſehen iſt, warum ſie nur, „als durch particularen Gerichtsgebrauch in desuetudinem gekommen" ſollten nachgewieſen werden können. Richtiger ſagt umgekehrt Böhmer in annot. ad cap. 4. cit. Interim haec dispositio intercessit, ne poenae secundarum nuptiarum intra annum luctus iuris romani in Germania recipi potuerint. Quae vero *nova lege provinciali* de anno luctus hinc inde proposita sunt, unice ex hac, non ex iure romano, quoad poenam, aestimari debent. Vgl. übrigens Glück XXIV. S. 197. fg. Geiger a. a. O. S. 228. fg. Puchta §. 429. a. E.

— · —

Zweites Capitel.

Vom Verhältniß unter Aeltern und Kindern.

§. 419.

Das Verhältniß zwiſchen Aeltern und Kindern iſt, wie die Ehe, im Allgemeinen mehr von ſittlichem als juriſtiſchem Charakter, aber doch zugleich in verſchiedenen juriſtiſchen Beziehungen wirkſam. Nach der Natur dieſes Verhältniſſes iſt auch im Weſentlichen die

Stellung beider Aeltern zu den Kindern eine gleiche, obwohl mit einem natürlichen Uebergewicht der Autorität des Vaters. Im römischen Recht aber ist eine Gewalt des Vaters über die Kinder mit besonderem juristischen Charakter anerkannt, wodurch sich die väterliche Gewalt, patria potestas, als ein familienrechtliches Institut von selbständiger eigenthümlicher Bedeutung darstellt, verschieden von dem Verhältniß der Aeltern zu den Kindern überhaupt. Daher:

I. Von der väterlichen Gewalt [a].

A. Entstehung derselben.

§. 420.

1) Durch Geburt.

Die in rechtlich gültiger Ehe erzeugten Kinder fallen durch die Geburt sofort in die väterliche Gewalt des Erzeugers [b]. Wenn dieser selbst noch in väterlicher Gewalt steht oder bis zu seinem früher erfolgten Tode gestanden hat, so hat sein Vater die väterliche Gewalt auch über den Enkel, und geht diese erst durch dessen Tod auf den noch lebenden Erzeuger selbst über [c].

§. 421.

2) Durch Legitimation [a].

Unehelich gezeugte Kinder [1] können das Recht ehelicher Kinder erlangen und so denn auch in die väterliche Gewalt ihres Erzeugers kommen 1) durch nachfolgende Ehe zwischen diesem und ihrer Mutter [b] (legitimatio per subsequens matrimonium), wobei es einer besondern Erklärung des Willens, die Kinder zu legitimiren, nicht bedarf, wenn nur die Vaterschaft durch Anerkennung von Seiten des Vaters außer Zweifel ist [2]; 2) durch Concession des Regenten (legitimatio per rescriptum principis) auf Gesuch des Vaters [c], oder auch, wenn dieser in seinem letzten Willen den Wunsch ausgesprochen hat, nach dessen Tode noch auf Gesuch der

[a] Inst. de patria potestate. 1. 9. Cod. 8. 47. cf. Dig. de his, qui sui vel alieni iuris sunt. 1. 6. [b] pr. J. l. c. §. 12. J. de nupt. 1. 10. cf. §. 39. [c] L. 4. 5. D. l. c. pr. J. quib. mod. ius. pot. 1. 12.

[a] Cod. de naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus causis iusti efficiantur. 5. 27. nov. 74. 89. cf. cap. 1. 6. 13. X. qui filii sint legitimi. 4. 17. [b] L. 10. 11. Cod. h. t. 5. 27. nov. 12. cap. 4. nov. 89. cap. 8. §. 13. J. de nupt. 1. 10. [c] nov. 74. cap. 1. 2. nov. 89. cap. 9.

Kinder selbst oder ihrer Mutter [d], wodurch denn freilich nur bewirkt werden kann, daß sie dieselben Rechte erhalten, als ob sie noch bei Lebzeiten des Vaters legitimirt worden wären [3]. Zur Entstehung der väterlichen Gewalt ist übrigens immer auch die Einwilligung der Kinder erforderlich, sofern sie willensfähig sind [e]; nur die Rechte ehelicher Geburt erlangen sie ohnedies von selbst durch die nachfolgende Ehe der Aeltern [f].

Anm. [1] Nach R. R. beschränkt sich die Legitimation auf die im Concubinat erzeugten Kinder, naturales liberi. Schneider in Linde's Ztschr. XII. 10. Nach canonischem und heutigem Recht, das den Concubinat nicht mehr als ein erlaubtes Verhältniß anerkennt, können überhaupt uneheliche Kinder (spurii) legitimirt werden; streitig ist nur, ob auch ex damnato coitu nati? wie jedoch die Meisten mit Recht annehmen, arg. cap. 6. X. l. c. cap. 3. 6. X. de eo qui duxit in matr. quam polluit per adulterium. 4. 7. Bang. §. 254. 255. Anm. 2. Vgl. Seuffert's Arch. I. 352. III. 65. V. 188.

[2] Diese Legitimation wurde zuerst einigemal nur vorübergehend gestattet. L. 6. 7. Cod. h. t. 5. 27. Erst Justinian führte sie als bleibendes Institut ein (not. b.), schrieb aber, um die Gewißheit der Verwandlung des Concubinats zur Ehe herzustellen, die Errichtung von instrumenta dotalia vor. Diese Vorschrift kommt jetzt nicht mehr in Betracht, da das heutige Recht ohnehin für Eingehung der Ehe eine bestimmte Form erfordert. Vgl. übrigens Dieck, Beitr. zur Lehre v. d. Legitimation durch nachfolgende Ehe. Halle 1832. Bang. §. 255.

[3] Dies ist die unpassend sog. legitimatio per testamentum. vgl. Bang. §. 256. Anm. 2. Nach Justinians Vorschrift soll übrigens die Legitimation durch den Regenten nur unter der doppelten Voraussetzung gewährt werden, daß keine rechtmäßigen Kinder vorhanden sind und daß die Legitimation durch Ehe nicht möglich ist (not. c.). Allein die Legitimation ist gleichwohl gültig, wenn nur der Regent sie in Kenntniß des Mangels dieser Voraussetzungen gewährt hat; ein Recht auf die Gewährung haben Vater und Kind überall nicht. — Eine dritte Art der Legitimation nach R. R., per oblationem curiae (nov. 89. cap. 2...6.), ist unpraktisch. Ungegründet aber die Annahme einer sog. legitimatio per nuncupationem filii, die man aus der Anth. *si quis* ad L. 11. Cod. h. t. oder nov. 117. cap. 2. hat ableiten wollen: Seuffert's Archiv V. 189.

§. 422.

3) Durch Adoption [a].

Die väterliche Gewalt über eine Person kann auch ohne Voraussetzung eines natürlichen Kindesverhältnisses durch einen juristischen Act begründet werden, durch welchen Jemand dieselbe an

[d] nov. 74. cap. 2. nov. 89. cap. 10. [e] nov. 89. cap. 11. [f] cap. 6. X. l. c. 4. 17.

[a] Inst. de adoptionibus. 1. 11. Dig. de adoptionibus et emancipationibus et aliis modis, quibus potestas solvitur. 1. 7. Cod. de adoptionibus. 8. 48.

Kindesstatt annimmt, sey es, daß diese bisher schon in väterlicher Gewalt eines Andern gestanden hat, oder nicht, also selbständig (sui iuris, §. 28.) war. Im ersten Fall ist es Adoption im engern Sinn, im andern Fall heißt die Adoption insbesondere Arrogatio [b]. Die letzte erforderte ursprünglich einen Beschluß der Curien in Gemäßheit einer förmlichen Rogatio, daher der Name Arrogatio oder adoptio per populum [c]; nach neuerem Recht geschieht sie durch ein Rescript des Regenten, daher adoptio per principem [d]. Die Adoption im engern Sinn geschieht durch Erklärung zu gerichtlichem Protokoll, von Seiten sowohl des Adoptirenden als des bisherigen Vaters, welcher das Kind zur Adoption gibt, in Gegenwart auch des Kindes, welches, wenn es willensfähig ist, durch seinen Widerspruch die Adoption hindert [e]. Die Arrogation dagegen erfordert wesentlich die Einwilligung des Arrogirten, und, wenn er unter Vormundschaft steht, die Zustimmung der Vormünder [f].

§. 423.

Der Adoptirende muß 1) selbst sui iuris und 2) wenigstens um 18 Jahre älter seyn als der Adoptirte, plena pubertate eum praecedere debet [a]; sodann können 3) Castraten nicht adoptiren [b]. 4) Der Adoptirte darf nicht ein uneheliches Kind des Adoptirenden seyn, welches nach §. 421 legitimirt werden könnte [c], oder 5) ein von demselben schon einmal adoptirtes, aber aus der väterlichen Gewalt wieder entlassenes Kind [d]. Auch kann 6) die Adoption weder unter Bedingung oder Zeitbestimmung [e], noch durch Stellvertreter geschehen [f]. Uebrigens kann Jemand nicht nur als Sohn oder Tochter, sondern auch als Enkel oder Enkelin adoptirt werden, selbst von demjenigen, der keinen Sohn hat [g], und von dem, der einen oder mehrere Söhne hat, sowohl schlechthin [h] (adoptio in locum nepotis ex incerto filio), als mit Beziehung auf einen bestimmten Sohn, der als Vater des adoptirten gelten soll (adoptio in locum nepotis ex certo filio), wozu aber, damit diese Wirkung eintrete, auch dieses Sohnes Einwilligung erforderlich ist [i], und

[b] L. 1. §. 1. D. h. t. 1. 7. [c] Gai. I. §. 98. 99. [d] §. 1. J. h. t. L. 2. [illegible] D. h. t. L. 2. 6. 8. Cod. h. t. [e] L. 11. Cod. h. t. §. 8. J. quib. mod. ius. pot. [illegible] cf. L. 5. 42. D. h. t. [f] L. 5. 8. D. h. t. L. 5. Cod. de auct. praest. 5. 59.

[a] §. 4. J. h. t. L. 40. §. 1. D. h. t. cf. §. 36. not. f. [b] §. 9. J. h. t. [c] L. [illegible] Cod. de nat. lib. 5. 27. nov. 74. cap. 3. nov. 89. cap. 7. [d] L. 37. §. 1. D. h. [illegible] cf. L. 12. eod. L. 23. pr. D. de liberis et post. 28. 2. [e] L. 34. D. h. t. [illegible] [f] L. 24. 25. §. 1. eod. [g] §. 5. 6. J. h. t. L. 37. pr. D. eod. cf. L. 45. §. 1. eod. [h] L. 43. 44. eod. [i] L. 6. 10. 11. eod. §. 7. J. h. t.

conſequent auch das entſprechende Altersverhältniß desſelben zu dem Adoptirten vorausgeſetzt werden muß [k].

Anm. Das R. R. enthält die Andeutung: Adoptio naturam imitatur, §. 4. J. h. t. und: Adoptio in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere, L. 16. D. h. t., und begründet dadurch namentlich den Satz, daß nicht der jüngere eine ältere Perſon adoptiren könne; aber es hält jenes nicht als Princip der Lehre feſt, woraus man weitere Folgerungen machen könnte; vielmehr erkennt es im Widerſpruch damit auch die Adoption durch einen Unverheiratheten und ſelbſt einen Zeugungsunfähigen als möglich an. L. 2. §. 1. L. 30. D. h. t. vgl. auch L. 37. pr. eod. (not. g.).

§. 424.

Vor der Vollziehung der Adoption ſtellt die Obrigkeit über das Daſeyn der geſetzlichen Erforderniſſe eine Unterſuchung an. Bei der Arrogation aber ſoll zudem auch die Angemeſſenheit derſelben mit Rückſicht auf die perſönlichen Verhältniſſe der Betheiligten vorher geprüft werden [1]. Namentlich ſoll demjenigen, welcher ſchon Kinder hat oder noch in dem Alter iſt, um ſolche erzeugen zu können (unter 60 Lebensjahren), nur aus beſondern Gründen, welche dieſen Umſtand überwiegen, die Arrogation geſtattet werden [a], und ebenſo iſt dieſe nicht ohne ſolche Gründe zu geſtatten, wenn etwa der Vormund, auch nach Beendigung der Vormundſchaft, den noch minderjährigen Mündel [b], oder ein Aermerer den Reichern [c], oder wenn Jemand mehrere arrogiren will [d]. Nach Umſtänden ſoll auch zur Sicherſtellung des Arrogirten gegen mögliche Nachtheile der Arrogation Cautionsleiſtung angeordnet werden [e]. Insbeſondere aber ſoll die Arrogation eines Unmündigen nur nach ſorgfältiger Prüfung, ob ſie für dieſen wünſchenswerth ſey, geſtattet werden [f], wobei zugleich der Arrogator verpflichtet wird und Sicherheit dafür leiſten muß, daß er das Vermögen des Arrogirten, wenn dieſer in der Unmündigkeit ſterben ſollte, an diejenigen Perſonen herausgeben werde, welchen es ohne die Arrogation zukommen würde [g]. Auch erlangt der arrogirte Unmündige, falls ihn der Arrogator ſpäter enterbt oder ohne genügenden Grund emancipirt Anſpruch auf ein Viertheil des Vermögens desſelben [h], die ſog. quarta Divi Pii [2].

[k] arg. §. 4. J. h. t. (not. a.).
[a] L. 15. §. 2. L. 17. §. 2. 3. D. h. t. [b] L. 17. pr. L. 32. §. 1. eod. [c] L. 17. §. 4. eod. [d] L. 15. §. 3. eod. [e] L. 17. pr. §. 5. eod. [f] L. 17. §. 1...4. eod. [g] L. 18...22. eod. §. 3. J. h. t. [h] §. 3. J. cit. L. 22. pr. D. h. t. L. 2. Cod. h. t.

Anm. [1] Nach altem Recht lag diese Prüfung den Pontifices ob, bevor die Rogation an die Curien gestellt wurde, nach neuerem Recht verlangt sie der Regent zur Begründung des gewährenden Rescripts. Das letzte ist aber auch ohne vorgängige Untersuchung gleichwohl wirksam, wenn es nur nicht durch falsche Angaben erschlichen ist. Bei der Adoption i. e. S. ist von solcher causae cognitio keine Rede, wohl aus dem Grunde, weil diese wesentlich nur als ein Privatact zwischen den beiden Vätern erschien, wobei nur der Form wegen eine Mitwirkung des Magistratus, apud quem est legis actio, erforderlich war. L. 3. 4. D. h. t. cf. L. 7. 8. D. de manum. vind. 40. 2. Doch erstreckt Manche, z. B. Puchta §. 443., die Bestimmung in not. a., wobei es sich nicht bloß um das durch den Vater wahrzunehmende Interesse des Adoptandus handelt, auch auf die Adoption i. e. S. Dagegen Bang. §. 249. Anm. 1. a. E. §. 251. Sint. §. 139. not. 24.

[2] Nach altem Recht war die Arrogation sowohl unmündiger als weiblicher Personen schon der Form wegen unmöglich. Gai. I. §. 101. 102. Gell. noct. att. V. 19. Per rescriptum principis war sie möglich, L. 21. D. h. t. L. 8. Cod. h. t., und wurde nun die Arrogation Unmündiger insbesondere durch ein Rescript des Divus Pius Antoninus, aber nur unter den angegebenen nähern Bestimmungen, gestattet. Gai. I. §. 103.

§. 425.

Die Wirkung der Adoption besteht darin, daß der Adoptirte in die väterliche Gewalt [a] und damit zugleich in den Kreis der Agnaten des Adoptirenden eintritt [b], aus der bisherigen Agnationsverbindung also ausscheidet [c]; auch den Namen und Stand des Adoptivvaters annimmt [d], ohne aber in seinem bisherigen Standesrecht eine Minderung zu erleiden [e]. Durch die Arrogation werden zugleich auch die in der Gewalt des Arrogirten befindlichen Kinder als Enkel der Gewalt des Arrogator unterworfen [f].

Die Adoption i. e. S. soll jedoch die regelmäßige Wirkung dann nicht haben, wenn der leibliche Vater sein Kind (Sohn oder Tochter, oder auch Enkel, sofern diese durch seinen Tod sui iuris werden) einem Andern, außer einem leiblichen Ascendenten desselben, in Adoption gibt. Dadurch soll das Kindesverhältniß zu dem natürlichen Vater rechtlich durchaus nicht geändert werden; die Adoption soll nur bewirken, daß der Adoptirte gegen den fremden Adoptivvater das gesetzliche Erbrecht eines Kindes erlangt [g]. Sie ist also keine wahre Adoption mehr, kein Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt;

[a] L. 1. pr. L. 15. pr. D. h. t. cf. Inst. de adquisit. per arrogat. 3. 11. [b] L. 23. D. h. t. cf. L. 7. eod. L. 1. §. 4. D. unde cognati. 38. 8. L. 17. D. de ritu nupt. 23. 2. [c] L. 4. §. 10. D. de grad. 38. 10. cf. §. 28. Anm. 2. [d] L. 13. D. h. t. [e] L. 35. cod. [f] L. 2. §. 2. 15. pr. 40. pr. eod. cf. §. 28. Anm. 2. [g] L. 10. Cod. h. t. (Justinian. a. p. Chr. 530.).

man nennt sie heutzutage adoptio minus plena, und im Gegensatze davon die vollwirksame Adoption und Arrogation adoptio plena.

Anm. [1] Sint. §. 139. not. 35...37. nimmt eine Verwandtschaft des Adoptirten nur an in Beziehung zu dem Adoptirenden selbst „und zu den von demselben abstammenden noch in seiner Gewalt befindlichen Kindern und fernern Descendenten" — „zur Frau des Adoptivvaters aber und zu seinen übrigen Verwandten bleiben die Adoptivkinder außer jeder Beziehung". Dies ist nach R. R. unrichtig; der Adoptirte wird darnach Agnat aller Agnaten, auch der Seitenverwandten des Adoptirenden (qui adoptatur, iisdem fit agnatus, quibus pater ipsius fuit, L. 2. §. 3. D. de suis. 38. 16.), und erbte daher z. B. als Agnat den Bruder desselben (L. 2. §. 2. 3. D. l. c.) und konnte die Schwester und Tante desselben nicht heirathen (L. 17. §. 1. D. de ritu nupt. 23. 2.); Scipio Aemilianus war Agnat aller Scipionen, wie Gentile aller Cornelier. Daher hat auch Thibaut (Abh. S. 303.) nicht, wie Sint. not. 44. meint, offenbar Unrecht, wenn er behauptet, daß der Adoptirte auch zum Ascendenten des Adoptirenden in Verwandtschaft treten könne, wenn nämlich der letzte mit Erhaltung der Suitätsrechte aus der väterlichen Gewalt getreten war. Vgl. Arndts im Rtslex. V. S. 686. Berechtigter ist der Zweifel, ob dem heutigen Rechtsbewußtseyn eine so weite Ausdehnung der Adoptivverwandtschaft entspreche? Wenigstens werden die deutschrechtlichen Familienrechte der Agnaten den Adoptirten nicht zugestanden (Seuffert §. 475. not. 7.), und man behauptet auch, daß nach dem Geiste des neuern Rechts die Verwandtschaft des Adoptirten mit der Familie des Adoptivvaters jedenfalls nur bis zum Tode des letzten dauere. Puchta §. 445. a. E. Vorles. §. 454. vgl. Sint. §. 139. not. 62. (welcher letzte dieses sogar nach R. R. anzunehmen scheint, was offenbar unrichtig wäre). Neuere Gesetzgebungen beschränken die Adoptivverwandtschaft bloß auf den Adoptivvater (Wahlvater, beziehungsweise die Wahleltern), das Adoptivkind (Wahlkind) und die Nachkommenschaft des letzten. Oesterr. bürg. Gsbb. §. 183. vgl. §. 65., Preuß. Ldr. II. 1. §. 13., 2. §. 708. 709., Code Nap. art. 348. 350., welcher letzte nur bezüglich des Ehehindernisses weiter geht. Vgl. noch Arndts in krit. Jahrb. X. S. 227. fg.

[2] Das Cognationsverhältniß des Adoptirten zu seiner natürlichen Familie bleibt ungeachtet der Adoption bestehen. L. 1. §. 4. D. unde cogn. 38. 8. Auch durch die sog. adoptio plena wird das cognatische Kindesverhältniß zum leiblichen Vater nicht, wie Manche nach L. 10. Cod. h. t. behaupten, aufgehoben. Der Satz: adoptio tamdiu nocet, quamdiu quis in aliena familia sit (L. 6. §. 4. D. de b. p. c. t. 37. 4.) gilt nur in einer besondern (nicht mehr praktischen) Beziehung. Arndts im Rtslex. V. S. 686. fg.

B. Aufhebung der väterlichen Gewalt[a].

§. 426.

Die väterliche Gewalt endigt 1) durch den Tod des Vaters wie des Kindes, womit nach römischem Recht auch magna capitis

[a] Inst. quibus modis ius potestatis solvitur. 1. 2. cf. Dig. de adoptionibus et emancipationibus et aliis modis quibus potestas solvitur. 1. 7. Cod. de emancipationibus. 8. 49.

deminutio gleiche Wirkung hat [h]; 2) durch Verwirkung des Vaters, zur Strafe desſelben, a) wegen Ausſetzung des Kindes [c], b) wegen Verkuppelung der Tochter [d], c) wegen Eingehung einer blutſchänderiſchen Ehe [e]; 3) durch gewiſſe Würden des Sohnes [f], namentlich die biſchöfliche Würde [1]; 4) durch Arrogation des Vaters oder Hingabe des Kindes zur Adoption nach §. 422. 425.; 5) durch abſichtliche Entlaſſung des Kindes aus der väterlichen Gewalt, zu dem Zweck, daß dasſelbe sui iuris werde, d. i. durch Emancipation [g], welche entweder durch ein vom Vater erwirktes und bei Gericht niederzulegendes Reſcript des Regenten geſchieht [h] (ſog. emancipatio Anastasiana), oder durch Erklärung des Vaters zu gerichtlichem Protokoll in Gegenwart des Kindes [i] (ſog. emancipatio Justinianea) [2]; 6) nach heutigem Recht auch durch Verheirathung der Tochter und durch Gründung eines ſelbſtändigen Hausſtands (separata oeconomia) des Sohnes (ſog. emancipatio tacita s. germanica s. saxonica [3]).

Anm. [1] Die biſchöfliche Würde (nov. 81. cap. 3.) iſt die einzige der in dieſer Beziehung privilegirten Würden, welche heutzutage noch vorkommt; es mag aber wohl kaum erhört werden, daß heutzutage ein Sohn erſt durch die Biſchofsweihe von der väterlichen Gewalt befreit werde. Die Anſtellung des Sohnes im Staatsdienſte hebt für ſich allein, abgeſehen von dem Fall unter Nr. 6., die väterliche Gewalt nicht auf. Seuffert's Arch. II. 308.

[2] Ob die römiſche Emancipation überhaupt heutzutage noch practiſch ſei, iſt nicht unbeſtritten; ſie kommt jedenfalls ſelten vor. Vgl. Seuffert's Arch. III. 26. Die heutige Praxis geſtattet aber eine blos vorübergehende Emancipation zum Zweck der Vornahme eines Rechtsgeſchäfts zwiſchen Vater und Kind, ſog. emancipatio particularis. Seuffert's Arch. III. 333.

[3] Vgl. Seuffert's Arch. II. 308. III. 269. 270. V. 30. 37. Eine andere Art von tacita emancipatio hat man ſchon im R. R. finden wollen, wenn nämlich der Vater das Kind längere Zeit als gewaltfreies hat gelten laſſen. L. 1. Cod. de pat. pot. 8. 47. L. 25. D. h. t. 1. 7. Seuffert. §. 480. not. 5. Dagegen Sint. §. 140. not. 9. §. 143. not. 10. 23. vgl. §. 428. not. 1. — Wenn nach L. 1. §. 4. D. de lib. exhib. 43. 30. auch noch res iudicata als Aufhebungsgrund der väterlichen Gewalt angeführt wird (Mühlenbruch §. 559.), ſo iſt dies ſtrenge genommen unrichtig; vgl. §. 116. 271.

§. 427.

Durch die Aufhebung der väterlichen Gewalt wird das Kind, ausgenommen in den Fällen des §. 426. Nr. 4., sui iuris. Wenn

[h] §. 1...3. J. h. t. cf. § 5. cod. [c] L. 2. Cod. de infant. expos. 8. 52. cap. 11. X. eod. 5. 11. [d] L. 6. Cod. de spectac. 11. 40. L. 12. Cod. de episcop. aud. 1. 4. [e] Nov. 12. cap. 2. [f] §. 4. J. h. t. L. ult. Cod. de consul. 12. 3. L. ult. Cod. de decur. 10. 31. Nov. 81. [g] §. 6...10. J. h. t. 1. 2. [h] L. 5. Cod. h. t. [i] L. 6. Cod. eo.

jedoch die Gewalt des Großvaters über seine Kinder durch einen seine Person betreffenden Umstand (§. 426. Nr. 1. 2. c.) endigt, so fallen die Enkel in die Gewalt ihres Vaters, sofern dieser noch, wie sie selbst, bis dahin in der Agnationsverbindung mit jenem geblieben ist [a], und so kann auch der Arrogirte die nach §. 26. 4. verlorne Gewalt über seine Kinder wieder erlangen [b]. Auch in dem Falle des §. 426. 6. werden dem Sohne gewöhnlich seine etwa vorher schon gezeugten Kinder als Glieder des neuen Hauswesens in die Gewalt folgen.

Das natürliche Verwandtschaftsverhältniß zwischen Vater und Kind mit seinen von der väterlichen Gewalt unabhängigen rechtlichen Wirkungen wird durch die Endigung der väterlichen Gewalt nicht aufgehoben [c]. In den Fällen des §. 426. unter 1. 2. 3. 6. bleiben auch dem Kinde, soweit davon noch die Rede seyn kann, die aus der Agnationsverbindung mit dem Vater und dessen Familie sich ergebenden Rechte [d], und bei der sog. emancipatio Anastasiana können diese durch besondere Bestimmung vorbehalten werden [e]. Regelmäßig dagegen hat die (römischrechtliche) Emancipation, wie die vollwirksame datio in adoptionem, die Auflösung der Agnationsverbindung mit dem Vater und dessen Familie [f], und daher denn auch, sofern, wie bei Adoptirten der Fall ist, nur mittels dieser eine Cognation bestand, die Aufhebung jeder verwandtschaftlichen Beziehung [g] mit jenen zur Folge [l].

Die Emancipation aber soll auch, wie die datio in adoptionem, nicht gegen Widerspruch des willensfähigen Kindes [2] stattfinden [b]. Andererseits kann auch der Vater nicht wider Willen zur Emancipation angehalten werden [i], ausgenommen [3] wegen schlechter Behandlung des Kindes [k], oder wenn er ein Vermächtniß mit dieser Auflage angenommen hat [l], oder wenn ein adoptirter Unmündiger nach erreichter Mündigkeit die Adoption als zu seinem Nachtheil geschehen ansicht [m]. Dagegen kann ein emancipirtes Kind

[a] pr. J. h. t. 1. 12 L. 5. D. de his qui sui. 1. 6. L. 10. D. h. t. 1. 7. cf. nov. 81. cap. 2. (not. d.). [b] L. 40. pr. D. h. t. 1. 7. [c] L. 4. §. 10. D. de grad. 38. 10. cf. L. 5. §. 1. D. de agnosc. lib. 25. 3. [d] Nov. 81. cap. 2. cf. nov. 12. cap. 2. L. 25. D. de legib. 1. 3. [e] L. 11. Cod. de legit. hered. 6. 58. [f] §. 3. J. de legit. tut. 1. 15. §. 3. J. de cap. min. 1. 16. L. 3. §. 1. D. de cap. min. 4. 5. L. 4. §. 10. D. de grad. 4. 10. §. 9. J. de hered. ab int. 3. 1. [g] L. 13. 14. cf. L. 27. D. h. t. 1. 7. §. 11. 12. J. de herod. ab int. 3. 1. [h] L. 5. Cod. h. t. 8. 49. nov. 89. cap. 11. cf. Pauli sentt. II. 25. §. 5. [i] §. 9. J. h. t. 1. 12. L. 31. D. h. t. 1. 7. [k] L. ult. D. si quis a par. 37. 12. [l] L. 92. D. de cond. et dem. 35. 1. [m] L. 32. pr. L. 33. D. h. t. 1. 7.

der Vater dem Sohne, wie auch der Herr dem Sklaven, ein gewisses Vermögen als gesondertes gleichsam eigenes Gut, ein Peculium, einräumte; allein dieses war und blieb, obwohl factisch gesondert, rechtlich doch nur ein Bestandtheil des väterlichen Vermögens.

Eine Ausnahme von der Regel des alten Rechts wurde zuerst durch kaiserliche Constitutionen, für dasjenige gemacht, was der Hayssohn aus Anlaß des Kriegsdienstes erwarb, das castrense peculium, welchem dann noch gewisse andere Erwerbungen als sog. peculium quasi castrense gleichgestellt wurden. In Beziehung darauf wird der Sohn als Paterfamilias angesehen. Nur wenn er ohne gültige Verfügung darüber vor dem Vater starb, fiel es als Peculium diesem anheim; nach dem neuesten Erbrecht tritt aber auch dieser Anfall (iure peculii) nicht mehr ein.

Eine andere Beschränkung erlitt die Regel des alten Rechts, indem zuerst von Constantin an dem Muttergute (bona materna), sodann von spätern Kaisern an einigen andern Erwerbungen (bona materni generis und lucra nuptialia), endlich von Justinian an allem demjenigen, was sie anders als vom Vater selbst her (ex re oder substantia patris) erwarben, den Kindern das Eigenthum vorbehalten, dem Vater nur die Nutznießung und Verwaltung belassen wurde.

So ist nun die Regel des neuesten römischen Rechts diese. Was die Kinder aus väterlichem Vermögen erhalten, ist und bleibt Vermögen des Vaters; was sie anderweitig her erwerben, wird ihnen selbst zu eigen, dem Vater zur Nutznießung und Verwaltung erworben, und wird auch als Vermögen der Kinder nach ihrem Tode vererbt. Man nennt das letzte heutzutage peculium adventitium, besser bona adventitia, und im Gegensatze davon das erste, das nur allein noch ein Peculium im alten Sinn abgeben kann, peculium profectitium. Jene Regel leidet aber in zweifacher Richtung eine Ausnahme: vorerst bezüglich der bona adventitia darin, daß in manchen Fällen das väterliche Recht der Nutznießung und Verwaltung wegfällt; man nennt sie dann bona adventitia irregularia (pec. adv. irregulare oder auch extraordinarium, im Gegensatze des regelmäßigen Verhältnisses, pec. adv. regulare oder ordinarium); sodann bezüglich gewisser Erwerbungen, sowohl vom Vater her als von anderer Seite, darin,

daß der Sohn in Ansehung derselben vollends als Paterfamilias angesehen wird; diese sind das peculium castrense oder quasi castrense, bona castrensia vel quasi.

Die Möglichkeit des Erwerbes durch Rechtsgeschäfte der in der Gewalt befindlichen Kinder ist übrigens durch diese Aenderungen des alten Rechts nicht beschränkt worden (§. 74. 246.) Eine besondere Frage aber ist noch, inwiefern und mit welcher Wirkung darnach zwischen dem Vater und dem Kinde selbst Rechtsgeschäfte stattfinden können.

Anm. Die Bezeichnungen adventitium und profectitium hat man nicht unpassend angenommen nach Analogie des Gegensatzes von dos adventitia und profectitia, unterstützt durch L. 28. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. „quia id ex adventitio acquisitum est, non per patrem ad eum pervenit“ Sehr angefochten aber ist der Gebrauch des Wortes peculium in diesen verschiedenen Anwendungen. Vgl. Hugo im civ. Mag. V. 19. VI. 4. Puchta §. 433. gegen Unterholzner in der Tübing. krit. Ztschr. V. S. 204. fg. Marezoll in Linde's Ztschr. VIII. S. 59. fg. Indessen ist dieser Gebrauch schon von der Zeit der Glossatoren her so beständig und allgemein geworden, daß man die ganze Lehre des R. Rts von den Vermögensverhältnissen der Hauskinder als „das römische Peculienrecht“ zu bezeichnen pflegt. Vgl. darüber überhaupt Heimbach, Art. Peculien im Rtslex. VII. S. 857...887.

§. 430.

a) Das sog. peculium profectitium.

Regel ist: was das in der väterlichen Gewalt befindliche Kind vom Vater selbst erhält oder aus des Vaters Gute erwirbt, gehört zum Vermögen des Vaters [a]. Daher ist auch die Schenkung des Vaters an das Kind als solche nicht gültig [b]; es gilt nur das Besondere davon, daß sie, nicht widerrufen, durch den Tod des Vaters gültig wird [c]. Aber der Vater kann dem Kinde von dem Seinigen irgendwelche Vermögensgegenstände bestimmen oder überlassen, die als ein demselben gleichsam eigenes Gut gelten sollen, gesondert von dem übrigen Vermögen des Vaters. Dieses ist dann ein Peculium im eigentlichen Sinn; nur darauf sind im neuesten Rechte, abgesehen vom Sklavenverhältniß, diejenigen Rechtsvorschriften zu beziehen, welche vom Peculium schlechtweg reden, und dieses ist es, welches den Gläubigern des Kindes mittels der actio de peculio

[a] §. 1. J. per quas pers. nob. acquir. 2. 9. L. 6. pr. 8. pr. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. [b] L. 1. §. 1. D. pro donato. 41. 6. L. 11. Cod. de donat. 8. 54. [c] L. 25. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16. L. 18. pr. Cod. fam. erc. 3. 36. cf. L. 31. §. 2. D. de donat. 39. 5.

ein Befriedigungsmittel darbietet [d]. Zu seinem Daseyn ist Bewilligung des Vaters, wenn auch nur stillschweigende [e], erforderlich (peculii concessio), und wirkliche Sonderung von dem übrigen Vermögen desselben [f]. So kann es namentlich durch Schenkungen des Vaters gebildet oder vermehrt werden [g]. Auch gehört dazu, was das Kind aus dem vorhandenen Peculiarvermögen (ex re peculiari oder peculii nomine) weiter erwirbt [h], und auch Gaben eines Dritten können hinzukommen, wenn sie in dieser Absicht gegeben werden. Das Kind hat die Verwaltung, soweit sie ihm eingeräumt und es dazu fähig ist [k]; zu Schenkungen aus dem Peculium bedarf es besonderer Ermächtigung [l]. Das Peculium ist aber rechtlich immer noch Vermögen des Vaters; dieser kann es jederzeit zurücknehmen [m]. Nach seinem Tode ist es Bestandtheil seiner Erbschaft [n]. Jedoch bleibt es dem Kinde als Eigenthum, wenn der Vater es bei dessen Emancipation nicht zurücknimmt [o]. Auch soll (ex constitutione Claudii) das Peculium dem Kinde vorbehalten bleiben, wenn der Fiscus das Vermögen des Vaters wegen Schulden in Beschlag nimmt [p].

Anm. Ueber den Begriff des Peculium vgl. L. 5. §. 4. D. h. t. Peculium autem Tubero quidem sic definit, ... *quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur.* L. 4. pr. eod. Peculii est non id, cuius servus seorsum domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit summa servi rationem (l. *suum a servi ratione*) discernens. L. 39. eod. Peculium et ex eo consistit, quod parsimonia sua quis paravit vel officio meruerit a quolibet sibi donari, idque *velut proprium patrimonium* (L. 47. §. 6. eod. *quasi patrimonium liberi hominis*) servum suum habere quis voluerit. Marezoll in Linde's Zschr. n. F. V. 4.

§. 431.

β) Castrense vel quasi castrense peculium [a].

Zum castrense peculium gehört alles, was der Sohn (oder Sohnesenkel) vermöge seiner Eigenschaft als (angehender oder bereits

[d] Dig. de peculio. 15. 1. cf. §. 247. not. h ... r. [e] L. 4. pr. §. 2. L. 7. §. 1 ... 3 cf. L. 39. 49. pr. D. h. t. 15. 1. [f] L. 8. D. eod. cf. L. 4 pr. L. 5 §. 4. eod. [g] L. 31. §. 2. D. de donat. 39. 5. L. 15. pr. D. de castr. pec. 49. 17. [h] L. 1. §. 3 L. 4. D. de poss. 41. 2. cf. L. 40. D. h. t. 15. 1. [i] L. 7. §. 1. L. 46. 48. eod. L. 3 pr. D. de novat. 46. 2. L. 10. Cod. quod cum eo. 4. 26. [k] L. 7. §. 3. eod [l] L. 7. D. de donat. 39. 5. cf. L. 28. §. 2. D. de pact. 2. 14. L. 52. §. 26. D. de furt. 47. 2. [m] L. 8. in f. D. h. t. 15. 1. cf. L. 7. §. 1. eod. [n] L. 38. D. de cond. indeb. 12. 6. [o] L. 31. §. 2. D. de donat. 39. 5. L. 17. Cod. de donat. 8. 54 not. c. — L. 53. D. h. t. 15. 1. — nov. 81. cap. 1. [p] L. 3. §. 4. in f. D. de min. 4. 4. cf. L. 1. §. 4. D. quando de peculio. 15. 2.

[a] Dig. de castrensi peculio. 49. 17. Cod. de castrensi peculio militum et praefectorianorum. 12. 37.

eingereihter) Soldat erwirbt [b], namentlich was ihm vom Vater selbst oder andern zu seiner Ausstattung für diesen Stand gegeben wird [c], was er durch den Kriegsdienst oder aus Anlaß desselben, z. B. als Sold oder Beute oder durch Schenkung und letztwillige Verfügung seiner Cameraden, gewinnt [d], nach besonderer Bestimmung auch was er von seiner Gattin vermöge Testaments erbt [e], sodann dasjenige, was aus oder mit solchen Gütern weiterhin gewonnen oder dafür angeschafft wird [f]. In Ansehung solchen Vermögens gilt der Hausſohn, auch nachdem er aus dem Soldatenstande entlassen ist [g], sowohl dem Vater als dritten Personen gegenüber, vollkommen als Paterfamilias [h]; er kann auch auf den Todesfall darüber verfügen [i] und vererbt es in Ermangelung dessen, nach neuestem Rechte [k], an die gesetzlichen Erben.

Dem castrense peculium ist aber gleichgestellt [l] und heißt daher quasi castrense peculium [l]: 1) was der Sohn als Gerichtsbeisitzer [m] oder sonst durch ein öffentliches Amt [n] oder einen Hofdienst [o], desgleichen 2) was er durch seine Thätigkeit als Anwalt [p] erwirbt [2], 3) was er als Geistlicher auf irgend eine Art [s] erwirbt [q], und 4) was das Kind durch die Freigebigkeit des Regenten oder seiner Gattin erhält [r].

Anm. [t] Im Gegensatz des castrense und quasi castrense wird das gewöhnliche Peculium (§. 430.) in den Quellen paganum genannt. L. 37. pr. Cod. de inoff. test. cf. L. 7. §. 6. D. de donat. Die neuere Terminologie nennt die beiden ersten wohl auch militaria peculia. Eine strengere Ansicht dagegen vermeidet dafür, wie für die bona adventitia, selbst die Bezeichnung peculium ganz und gar, nachdem sie nun in keinem Falle mehr (not. k.) als Peculium im alten Sinne behandelt werden. Puchta §. 433. vgl. §. 429. Anm.

[b] L. 1. Cod. h. t. 12. 37. L. 11. D. h. t. 49. 17. cf. L. 8. 16. pr. eod. [c] L. 3. 4. pr. 6. D. eod. L. 4. Cod. fam. erc. 3. 36. [d] L. 5. 19. pr. cf. L. 16. §. 1. eod. L. 4. Cod. h. t. 12. 37. [e] L. 13. D. eod. cf. L. 16. pr. eod. [f] L. 1. in f. Cod. h. t. 12. 37. L. 19. §. 1. D. h. t. 49. 17. [g] pr. J. quib. non permitt. fac. test. 2. 12. cf. L. 15. pr. §. 1. 2. L. 19. §. 2. D. h. t. [h] L. 2. D. ad Sc. Maced. 14. 6. L. 4. §. 1. L. 5. 15. §. 1...4. D. h. t. 49. 17. L. 2. 3. Cod. h. t 12. 37. cf. L. 18. §. 4. 5. D. eod. L. 4. §. 2. eod. [i] pr. J. l. c. L. 2. 14. 17. §. 1. L. 19. §. 2...5. L. 20. D. h. t. [k] Nov. 118. cap. 2. in f. cf. L. 1. 2. 17. D. h. t. 49. 17. L 10. pr. D. ad Sc. Tert. 38. 17. L. 5. Cod. h. t. 12. 37. [l] L. 37. pr. Cod. de inoff. test. 3. 28. cf. L. 32. §. 17. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 1. §. 6. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 3. §. 5. D. de bon. poss. 37. 1. L. 1. §. 15. D. de collat. 37. 6. L. 7. §. 6. D. de donat. 39. 5. [m] L. 7. Cod. de assessor. 1. 51. [n] L. 37. pr. Cod. de inoff. test. 3. 28. L. 6. Cod. h. t. 12. 37. [o] L. un. Cod. de castrensi omnium palatinorum peculio. 12. 31. [p] L. 4. Cod. de advocatis divers. iud. 2. 7. [q] L. 34. Cod. de episcop. et cler... et privileg. eor. et castrensi peculio. 1. 3. nov. 123. cap. 19. cf. nov. 81. cap. 3. [r] L. 7. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.

Indessen würden wohl die classischen Juristen eben so gut wie die byzantinischen die einmal übliche Benennung ungeachtet jener Rechtsänderung beibehalten haben.

[2] Streitig ist, inwiefern der Umfang des Erwerbs unter 1. u. 2. sich nach Analogie des castrense peculium (not. b...d.) bestimme? Löhr im civ. Arch. X. S. 177. fg. Dagegen Marezoll in Linde's Ztschr. VIII. S. 130. fg.

[3] Streitig, ob auch das ex re patris Erworbene dazu gehöre? Löhr a. a. O. S. 164. Dagegen u. a. Marezoll a. a. O. S. 125. fg. — Ueber peculium clericale im Sinn des canon. Rechts (X. de peculio clericorum 3. 25. vgl. Walter Kirchenrecht §. 262. 263. Heimbach im Rtslex. VII. S. 885. fg.

γ) Bona adventitia regularia [a].

§. 432.

Alles, was den Kindern nicht vom Vater oder aus dessen Vermögen zukommt [1], wird ihnen zu eigen erworben [b]. Aber der Vater hat daran, wenn es nicht zu den bona castrensia vel quasi castrensia gehört, kraft der väterlichen Gewalt regelmäßig den Nießbrauch [c]. Damit ist das Recht der Verwaltung verbunden, wegen deren der Vater weder Caution zu leisten hat, noch auch, so lange das Recht dauert, zur Rechnungslegung oder Verantwortung gezogen werden kann [d], obgleich er allerdings zu der Sorgfalt eines Nutznießers [e] verpflichtet ist [2]. Die Veräußerungsbefugniß steht ihm nicht zu, ausgenommen im Fall der Nothwendigkeit und in Ansehung solcher Sachen, welche nicht ohne Gefahr von Verlust behalten werden können [f]. Die gesetzwidrige Veräußerung ist nichtig; die Kinder können die veräußerten Sachen nach Endigung des väterlichen Rechts vindiciren; es läuft erst von dieser Zeit an eine dreißigjährige Verjährung gegen dieselben [g]. Bis dahin können die Kinder gar keine Befugnisse in Betreff dieser Güter ausüben; sie können auch nicht auf den Todesfall darüber verfügen [h]; doch soll der Vater zu Rechtsstreiten in Betreff derselben [3] die Zustimmung des mündigen und anwesenden Kindes einholen [i].

Ist dem Kinde ein neuer Vermögenserwerb angetragen, z. B. eine Erbschaft oder ein Vermächtniß, so entsteht jenes Rechtsverhältniß nur durch die Annahme von Seiten des Vaters und des Kindes. Lehnt der erste den Erwerb ab, so kann dieser dennoch für

[a] Cod. de bonis maternis et materni generis 6. 60. de bonis quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias adquiruntur et eorum administratione. 6. 61. [b] L. 6. pr. §. 1. Cod. h. t. 6. 61. §. 1. J. per quas pers. 2. 9. [c] l. 1. 2. 4. Cod. h. t. 6. 60. L. 4. 6. pr. 8. pr. Cod. h. t. 6. 61. [d] L. 6. §. 2. L. 8. §. 4. Cod. l. c. [e] L. 1. Cod. h. t. 6. 60. [f] L. 1. Cod. cit. L. 8. §. 4. 5. Cod. 6. 61. [g] Nov. 22. cap. 24. cf. L. 4. in f. Cod. 6. 61. L. 1. Cod. 6. 60. L. 1. §. 2. Cod. de annali exc. 7. 40. [h] L. 8. §. 5. Cod. h. t. 6. 61. [i] L. 8. §. 3. cod.

das Kind gemacht werden, mit Ausschließung des väterlichen Rechts. Wird er von dem letzten abgelehnt, so kann nun der Vater den Erwerb vollständig und allein für sich machen, mit derselben Wirkung, als wenn nach altem Rechte das Kind auf Geheiß des Vaters erworben hatte [k].

Läßt sich eine bisher selbständige Person arrogiren, so wird von selbst an dem ganzen gegenwärtigen Vermögen derselben dem Arrogator das väterliche Recht erworben [l].

Anm. [1] L. 6. pr. Cod. 6. 61. Si quis itaque filiusfamilias, vel patris sui vel avi vel proavi in potestate constitutus, aliquid sibi acquisierit, non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ex aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perveniant, eas *(ea)* parentibus suis non in plenum, sed usque ad usumfructum solum acquirat. cf. L. 8. pr. eod. . . . post novellam nostri numinis legem, quae omnia, quae extrinsecus ad filiosfamilias perveniunt, et non ex paterna substantia sunt, non esse acquirenda patribus statuit, nisi tantummodo ad usumfructum. Vgl. überhaupt Marezoll, Revision der Lehre von den sog. Adventitien, in Linde's Ztschr. VIII. 2. 6. 9. Einzelne streitige Punkte sind: a) ob, was ein Dritter dem Kinde um des Vaters willen gegeben, zu den bona adventitia gehöre? Es kommt darauf an, ob der Dritte durch das Kind dem Vater, oder, wenn auch aus Rücksicht auf diesen, dem Kinde geben wollte. b) wohin Pathengeschenke (pecunia lustrica) zu rechnen seyen? Es ist eine unjuristische Anwendung der Gelehrsamkeit, deshalb, weil sich etwa geschichtlich nachweisen läßt, daß sie ursprünglich dazu bestimmt waren, die Kosten der Taufhandlung decken zu helfen, (mit Marezoll S. 176. fg. Bang. §. 236. Anm. 1. a. E.) heutzutage die Vermuthung aufzustellen, daß sie den Aeltern bestimmt seyen. c) wiefern der Sohn *laboribus suis* (ungeachtet der L. 6. pr. cit.) nicht sich, sondern dem Vater erwerbe? Insofern, als er nur in Angelegenheiten des Vaters, oder nach dessen Befehl oder Auftrag Dienste leistet. Bang. §. 236. Anm. 1. d) ob auch dasjenige, was vermöge gesetzlicher Vorschrift dem Eigenthum nach aus des Vaters Vermögen an die Kinder fällt, zu den Adventitien gehöre (§. 416...418.)? Insofern hier der Vater den Nießbrauch nicht kraft der väterlichen Gewalt, sondern ohnehin aus anderm Grunde hat, wie es auch sonst noch der Fall seyn könnte, ist diese Frage eine müßige; denn Adventitium wäre hier nur die Proprietät, und darauf hat der Vater als solcher kein Recht.

[2] Manche beschränken mit Marezoll S. 358. fg. die Pflicht zur Diligentia nach L. 1. Cod. 6. 60. nur auf bona materna und materni generis und lucra nuptialia, und sprechen bei andern Adventitien den Vater selbst nach Endigung seines Rechts von aller Rechenschaft frei. Aber vgl. dagegen L. 8. §. 4. Cod. 6. 61. „hoc proculdubio observando, ut... omnia circa usumfructum faceret, quae nullo modo proprietatem possint deteriorem

[k] L. 8. pr. §. 2. Cod. eod. [l] Inst. de acquisitione per arrogationem. 3. 10.

facere", was ebenſoviel iſt als (nach L. 1. cit.) „omnem tuendae rei diligentiam adhibere." Puchta §. 436. not. f.

[3] Marezoll S. 372. (ebenſo Bang. §. 236. Anm. 2.) „will dieſe Vorſchrift ohne genügenden Grund auf die eine angefallene Erbſchaft betreffenden Proceſſe beſchränken. Es wäre nicht abzuſehen, warum der Sohn, der allerdings bei der Annahme der Erbſchaft zu conſentiren hat, bei den in Folge der ſchon geſchehenen Annahme zu führenden Proceſſen wieder zu conſentiren hätte, wenn dies nicht eine allgemeine Regel wäre." Puchta §. 436. not. g.

[4] Dieſes ſoll auch dann gelten, wenn dem Sohne eine Erbſchaft defernt iſt, die von demſelben angenommen zum castrense peculium gehören würde. L. 8. §. 2. Cod. h. t. 6. 61.

§. 433.

Das Recht des Vaters an den Adventitien der Kinder iſt in ſeiner Entſtehung, aber nicht auch ſchlechthin in ſeiner Dauer durch die väterliche Gewalt bedingt [1]. Daſſelbe endigt 1) wenn die väterliche Gewalt durch einen die Perſon des Vaters betreffenden Umſtand (Tod, magna capitis deminutio, Arrogation desſelben) geendigt wird; im Fall der Arrogation geht das Recht desſelben auf den Arrogator über und kann alsdann durch deſſen Tod wiederum an den Arrogirten zurückfallen [a]; 2) wenn das Kind aus irgend einem andern Grunde ohne oder wider Willen des Vaters sui iuris wird [b]. Wenn dagegen 3) der Vater das Kind freiwillig emancipirt, ſo ſoll er als praemium emancipationis [2] den bisherigen Nießbrauch zur Hälfte behalten [c]. 4) Stirbt das Kind, ſo hört der Nießbrauch des Vaters gänzlich auf, wofern der Vater ſelbſt, wenngleich mit andern, zur Erbſchaft des Kindes berufen iſt; außerdem beſteht er fort [3] bis zum Tode des Vaters [d]; war dem Kinde ſelbſt nur der Nießbrauch gegeben, ſo behält ihn der Vater auch nach deſſen Tode, als ſey er zugleich ihm zugewandt worden [e]. Wenn endlich 5) der Vater das Kind in vollkommene Adoption hingibt, ſo kann er gleichfalls den Nießbrauch an den bereits erworbenen Adventitien desſelben behalten [4].

Anm. [1] Gewöhnlich wird als einfaches Princip angenommen, das fragliche Rechtsverhältniß endige mit der väterlichen Gewalt, deren Ausfluß es ſey; Puchta §. 436. not. h.; wovon nur ſinguläre Ausnahmen vorkämen; Bang. §. 236.

[a] cf. §. 3. J. de usufr. 2. 4. §. 1. J. de acquis. per arrog. 3. 10. §. 11. J. de adopt. 1. 11. [b] arg. L. 4. in f. L. 6. §. 3. Cod. h. t. 6. 61. Nov. 81. cap. 1. §. 1. L. 1. pr. §. 2. L. 9. pr. Theod. Cod. de mat. bon. 8. 18. [c] §. 2. J. per quas pers. 2. 9. L. 6. § 3. Cod. 6. 61. cf. L. 2. in f. eod. L. 3. §. 1 ... 3. Cod. 6. 60. L. 1. §. 2. Theod. Cod. l. c. [d] Nov. 118. cap. 1. 2. cf. L. 3. in f. L. 4. 6. §. 1. Cod. 6. 61. L. 7. § 1 Cod. ad Sc. Tertull. 6. 56. [e] L. 17. Cod. de usufr. 3. 33. cf. §. 194. Anm. 1

Anm. 3. Aber dieſes Princip iſt im R. R. nirgendwo unverkennbar ausgeſprochen, noch in ſeinen Conſequenzen anerkannt. Vgl. not. c...e. und Marezoll: „wie geht das väterliche Recht des Uſusfructus an den ſog. Adventitien verloren" u. ſ. w.? in Linde's Ztſchr. XIII. 9.

[2] Conſtantin hatte in L. 1. §. 2. Theod. Cod. h. t. dem emancipirenden Vater das volle Eigenthum an einem Drittheil gegeben; Juſtinian ſetzte dafür den Nießbrauch an der Hälfte. L. 6. §. 3. Cod. h. t. 6. 61.

[3] Von den Meiſten wird dieſes geläugnet oder ignorirt, Puchta §. 436. not. h., offenbar mit Unrecht: denn nach dem Recht vor nov. 118. behielt der Vater in dieſem Fall den Nießbrauch („donec vivat, incoruptum"). In nov. 118. cap. 2. hat Juſtinian dieſes aufgehoben für den Fall, wenn der Vater ſelbſt Miterbe iſt; für den Fall aber, wenn er durch Deſcendenten des Kindes von der Erbſchaft ausgeſchloſſen wird, hat er es nicht nur nicht abgeändert, ſondern noch ausdrücklich anerkannt in nov. 118. cap. 1. *verb.* „Nam in usu harum rerum, qui debet acquiri *aut servari* (cf. L. 3. in f. Cod. h. t. 6. 61.), nostras de his leges parentibus custodimus." Marezoll a. a. O. S. 203. fg.

[4] Die Quellen enthalten darüber keine Entſcheidung. Nach dem in Anm. 1. bezeichneten Princip wird gewöhnlich das Gegentheil behauptet. Vgl. dagegen Wening in Linde's Ztſchr. I. 17. Marezoll a. a. O. S. 212. fg.

§. 434.

δ) Bona adventitia irregularia.

Eine Ausnahme von dem regelmäßigen Rechtsverhältniß der Adventitien tritt ein 1) bezüglich des Erwerbes, den das Kind wider Willen des Vaters gemacht hat [a]; 2) wenn der Vater als geſetzlicher Erbe mit ſeinem Kinde zuſammen ein anderes Kind beerbt, bezüglich des jenem zukommenden Erbtheils [b]; 3) wenn dem Kinde von einem Dritten etwas zugewendet iſt mit der Beſtimmung, daß der Vater daran kein Recht oder nicht das volle Recht der väterlichen Gewalt haben ſolle, ſoweit die Beſchränkung reicht [c].

In Anſehung dieſer Güter gilt zwar das Kind nicht vollkommen als Paterfamilias, es kann nicht auf den Todesfall darüber verfügen; aber ſie werden als freies Vermögen desſelben behandelt, das dem regelmäßigen Recht des Vaters entzogen iſt. Auch hat das Kind, ſofern es dazu fähig iſt, und wenn nicht etwa in dem Falle unter Nr. 3. etwas beſonderes darüber beſtimmt iſt, ſelbſt das Recht der Verwaltung [d]; iſt aber dasſelbe noch einer Vormundſchaft bedürftig, ſo kann immerhin noch der Vater die Verwaltung

[a] L. 8. pr. §. 1. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. cf. §. 432. not. k. [b] nov. 118. cap. 2. cf. §. 433. not. d. [c] nov. 117. cap. 1. [d] nov. 117. cap. 1. §. 1. L. 8. pr. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.

für dasselbe übernehmen, oder es wird ihm ein anderer Vormund dafür bestellt [c].

Anm. Vgl. Marezoll in Linde's Ztschr. VIII. S. 409. fg. Buchholtz bei XIV. 11. Im Justinianischen Recht kommt noch ein jetzt unpraktischer Fall vor, bezüglich desjenigen, was ein Kind wegen ungesetzlicher Scheidung aus dem Vermögen der Mutter erhalten hat. nov. 134. cap. 11. Außerdem zählen Manche noch folgende Fälle hieher: 1) wenn dem Kinde eines Wahnsinnigen eine Erbschaft zugefallen, nach L. 52. pr. D. de acquir. hered. 29. 2. Puchta §. 437. not. n. Dagegen Bang. §. 237. Anm. 1. 2) wenn der Vater dem Sohne ein Fideicommiß wegen schlechter Verwaltung sofort restituiren muß, nach L. 50. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Puchta §. 137. not. p. Andere nehmen hier ein quasi castrense peculium an. Bang. §. 235. In der That aber liegt hier ein eigenthümliches Verhältniß vor, das vom peculium quasi castrense sowohl als vom adventitium irregulare verschieden ist: Imperator Hadrianus, quum Vivius Cerealis filio suo Vivio Simonidi, si in potestate sua esse desisset, hereditatem restituere rogatus esset, ac multa in fraudem fideicommissi fieri probaretur, restitui hereditatem filio iussit ita, ne quid in ea pecunia, quamdiu filius eius viveret, iuris haberet. Nam quia cautiones non poterant interponi conservata patria potestate, damnum conditionis propter fraudem inflixit; post decreti autem auctoritatem filio militi comparari debuit, si res a possessoribus peti vel etiam cum debitoribus agi oporteret. Sed paternae reverentiae congruum est, egenti forte patri officio iudicis ex accessionibus hereditariis emolumentum praestari. Nur *quamdiu filius viveret* soll der Vater hier kein Recht haben; stirbt der Sohn ehe er *in potestate esse desiit*, so ist das Fideicommiß ganz hinfällig, weil seine Bedingung nicht erfüllt worden. Ganz untauglich ist übrigens diese Stelle, um zu beweisen, daß der Vater durch schlechte Verwaltung sein Recht an den Adventitien verliere.

§. 435.

a) Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind.

Aus der Natur des Verhältnisses zwischen Vater und Kind (§. 428. 429.) ergab sich nach altem Recht von selbst die Unmöglichkeit klagbarer Rechtsansprüche und civilrechtlich gültiger Rechtsgeschäfte unter ihnen [1]. Diese ist auch im Justinianischen Rechte noch als Regel anerkannt [a]. Ist dem Sohne ein Peculium gegeben (§. 430.), so können in Beziehung darauf wohl Schuldverhältnisse zwischen Vater und Sohn stattfinden, Forderungen oder Schulden des Peculiums an den Vater, die aber nur als naturales

[c] L. 8. §. 1. Cod. l. c.

[a] §. 6. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 2. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 50. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. cf. §. 430. not. b. c. L. 7. D. de O. et A. 44. 7. L. 16. D. de furt. 47. 2.

obligationes beſtehen [b], auch als ſolche während der Dauer der väterlichen Gewalt nur dritten Perſonen gegenüber [c], erſt nach Endigung derſelben auch zwiſchen Vater und Kind, mit Rückſicht auf das Schickſal des Peculiums, wirken [d]. Und dasſelbe gilt denn auch [e] in Anſehung der unter Perſonen, welche in derſelben väterlichen Gewalt ſtehen, entſtandenen Obligationen [2].

In dieſer Beziehung macht auch das regelmäßige Verhältniß der bona adventitia keine Aenderung; bezüglich derſelben iſt das Kind, obwohl ihm das Eigenthum vorbehalten iſt, noch ganz vom Vater abhängig, und entbehrt jeder Dispoſitionsbefugniß. Ueberläßt dieſer ihm den Genuß ſolcher Güter und den Bezug von Früchten derſelben, ſo wirkt dieſes nicht anders, als wenn er ihm ſonſt Etwas von dem Seinigen gibt, und nur wenn er es vor Endigung der väterlichen Gewalt nicht zurücknimmt, bleibt das dadurch Gewonnene dem Kinde, wie ein anderes nicht widerrufenes Geſchenk [f]. Rückſichtlich des castrense und quasi castrense peculium aber fällt die fragliche Rechtsregel völlig weg [g], und auch rückſichtlich der bona adventitia irregularia ſcheint es inconſequent, dieſelbe noch feſtzuhalten [3].

Anm. [1] Man hat dieſes gewöhnlich aus einer ſog. unitas personae abgeleitet, die zwiſchen Vater und Kind durch die väterliche Gewalt beſtehe. Veranlaßt iſt dieſer Ausdruck „durch eine nicht hiehergehörige Phraſe Juſtinians“ in L. 11. Cod. de impub. subst. 6. 26. „cum et natura pater et filius eadem persona pene intelligantur“; vgl. §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. „quia vox tua tamquam filii sit, sicuti filii vox tanquam tua intelligetur in iis rebus, quae tibi acquiri possunt“, „woraus man ebenſogut eine unitas oris hätte ziehen können“. Puchta §. 432. not. d. „Der Ausdruck Perſoneneinheit iſt ſehr ungeeignet, die wahre Natur des Verhältniſſes zu bezeichnen; wer von ihm als Princip ausgeht, wird unter drei Punkten zwei falſch entſcheiden.“ Puchta Vorleſ. §. 432. Vgl. vorzüglich v. d. Pfordten Abh. Nr. 2. „Über Obligationen zwiſchen den durch väterliche Gewalt verbundenen Perſonen.“

[2] L. 38. pr. D. 12. 6. (eine der ſog. leges damnatae): Frater a fratre, cum in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei solvit; quaesitum est, an repetere possit? Respondit: utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres extitisset, repetiturum, pro ea vero, qua frater heres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex

[b] L. 3. §. 7. L. 11. §. 2. L. 38. pr. §. 1. L. 52. pr. 56. D. de peculio. 15. 1. L. 38. D. de cond. indeb. 12. 6. [c] L. 56. §. 1. D. de fideiuss. 46. 1. cf. §. 247. not. o. r. [d] L. 38. §. 1. 2. D. de cond. indeb. 12. 6. [e] L. 38. pr. cit. [f] L. 6. §. 2. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. [g] L. 2. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 42. §. 3. D. de acquir. hered. 29. 2. L. 15. §. 1. 2. D. de castrensi pecul. 49. 17. cf. L. 10. in f. D. de fideiuss. 46. 1. L. 4. D. de iud. 5. 1.

peculio suo ad fratrem pervenisset; naturalem enim obligationem, quae fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus, adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio huius debiti a fratre ex eo fieret: idque maxime consequens esse ei sententiae, quam Julianus probaret: si extraneo quid debuisset et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum iudicio eum familiae erciscundae recuperaturum a coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. Igitur et si re integra familiae erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum esse, ut ad quantitatem eius indemnis a coherede praestetur; porro eum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse praestandum. Vgl. v. d. Pfordten S. 172. fg.

[3] Noch weiter geht v. d. Pfordten S. 144. fg., indem er ſelbſt auch bezüglich des peculium adv. reg., wenn gleich mit enger Beſchränkung, Rechtsgeſchäfte zwiſchen Vater und Sohn zuläßt. Dagegen halten Viele auch bezüglich des pec. adv. irregulare ſolche noch für unſtatthaft. Puchta §. 438. Bang §. 237. Sint. §. 142. not. 8.

§. 436.

b) Heutige Geltung des römiſchen Rechts.

Die bisher (§. 429...435.) dargeſtellten Regeln des römiſchen ſog. Peculienrechts werden nicht nur von den meiſten Schriftſtellern noch als praktiſche vorgetragen; in den meiſten Hauptpunkten iſt auch deren gemeinrechtliche Gültigkeit unbeſtritten anerkannt [1]. Insbeſondere hat das Recht der Adventitien (§. 432.), mit den Beſchränkungen der §. 431. 434., um ſo leichter in Deutſchland Anerkennung gefunden, als ſchon nach älterem deutſchen Rechte dem Vater kraft der väterlichen Vormundſchaft weſentlich gleiche Befugniſſe am Vermögen der Kinder zugeſtanden waren. Allein nach heutigem Recht muß 1) allerdings wohl als Princip dieſes Verhältniſſes anerkannt werden, daß der väterliche Nießbrauch als Ausfluß der väterlichen Gewalt an deren Dauer geknüpft ſey [2]. 2) Sehr zweifelhaft iſt die praktiſche Gültigkeit des praemium emancipationis [3]. 3) Von manchen wird behauptet, daß jetzt allgemein Rechtsgeſchäfte zwiſchen Vater und Kind vollkommen wirkſam ſeyen, daher auch insbeſondere Schenkungen des Vaters an das Kind, ſofort unwiderruflich gültig, nicht ein peculium profectitium bilden oder vermehren, vielmehr den Adventitien gleichzuſtellen ſeyen, ja, daß 4) ein peculium profectitium heutzutage überall nicht mehr vorkomme, alſo auch von der darauf bezüglichen actio de peculio oder tributoria keine Rede mehr ſey [4].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. II. S. 618. fg.

[2] Vgl. §. 433. Anm. 1. 3. 4. Dem ältern deutschen Rechte ist dieses Princip entsprechend, und nach der herrschenden Meinung wurde es bis zur neuesten Zeit auch für das R. R. durchgängig angenommen.

[3] Kraut a. a. O. S. 665. fg. Der Zweifelsgrund dagegen ist, daß heutzutage die väterliche Gewalt auch ohne Emancipation gewöhnlich noch bei Lebzeiten des Vaters endigt. Indessen ist in einzelnen Particularrechten das praemium emancipationis sogar ausdrücklich anerkannt, und zwar consequent auch, sofern sie durch des Vaters Willen geschieht, bei der sog. emancipatio Germanica. vgl. Puchta §. 445.

[4] Vgl. Kraut a. a. O. S. 634. fg. Dollmann in Seuffert's Bl. f. Rtsanwend. XIV. S. 129. fg. Seuffert Pand. §. 483. 485. 486. Gerber deutsches Privatrecht §. 141. 142. Bayr. Landr. I. 5. §. 2. nr. 4. „obschon nach Römischen Rechten Vater und Kinder dergestalt für eine Person geachtet werden, daß zwischen ihnen weder eine Schenkung, noch Contract, Process oder andere Handlung Platz greiffet, so ist doch solches . . . nicht mehr in Gebrauch u. s. w." und sodann zu I. 5. §. 3., wo die römische Theorie des peculium profectitium noch anerkannt ist, Kreittmayr in den Anm. unter Nr. 2. „Hieraus nun siehet man wohl, daß sothane Action (de peculio) meistentheils nur Kauf- oder Handelsleute betreffe, welche ihre Kinder mit einem gewissen Theil ihres Vermögens marchandiren lassen. Und da nun dieses heutzutage selten mehr geschiehet, ohne daß die Kinder ausdrücklich oder tacite per separatam oeconomiam der väterlichen Gewalt entlassen worden, so kommt auch diese Action nicht leicht mehr auf das Tapet. Ita ut hodie plus difficultatis quam utilitatis habere videatur (Lauterb. colleg. h. t. §. 41.). Vgl. auch Seuffert's Arch. I. 353. VII. 195. 196. — Vgl. jedoch dagegen Seuffert's Arch. II. 305., wo ein neueres OA-Erkenntniß angeführt wird, das die Widerruflichkeit der väterlichen Schenkung noch anerkennt. Bedenklich ist es, ein Rechtsinstitut wegen der Seltenheit seines Vorkommens in gerichtlichen Verhandlungen als unpraktisch ganz über Bord zu werfen; bedenklich, jeder Gabe des Vaters an das Kind, die unter andern Personen als unwiderrufliche Schenkung erscheinen würde, die Wirkung beizulegen, daß deren Gegenstand dem Verfügungsrechte des Vaters unwiderruflich entzogen sey.

II. Vom Verhältniß der Aeltern zu den Kindern überhaupt.

§. 437.

A. Zu leiblichen Kindern.

Ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt besteht zwischen Aeltern und Kindern gegenseitig die Pflicht der Unterhaltsgewährung nach §. 348. Die Kinder sind außerdem den Aeltern Ehrerbietung schuldig [a].

[a] Dig. de obsequiis parentibus et patronis praestandis. 37. 15. cf. L. 4. 5. Cod. de patr. pot. 8. 47. L. 4. Cod. de cur. fur. 27. 10.

Drittes Capitel.

Von der Vormundschaft.

I. Begriff und Arten.

§ .439.

Vormundschaft[1] ist eine für solche Personen, welche ihre rechtlichen Angelegenheiten selbst gehörig wahrzunehmen wegen persönlicher Eigenschaften nicht im Stande sind, rechtlich angeordnete Fürsorge und Vertretung durch andere Personen, welche als Surrogat für den durch die Unterwerfung unter die väterliche Gewalt zugleich gewährten Schutz für Schutzbedürftige da eintritt, wo jener Familienschutz nicht besteht oder nicht ausreicht[2].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Rudorff, das Recht der Vormundschaft, aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt, 3 Bde, Berlin 1832...34. Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts dargestellt, 2 Bde, Göttingen 1835. 1847.

[2] Nach diesem Gesichtspunkte reiht man die Vormundschaft den Familienverhältnissen an. Savigny System I. S. 361. Arndts Encyklop. §. 64. Dagegen Puchta, welcher die Lehre von der Vormundschaft in das Obligationenrecht stellt (Pand. §. 331...355.); vgl. auch Kraut I. S. 96.

§. 440.

Die Gründe, wegen deren eine Vormundschaft eintreten kann, sind:

1) Jugendliches Alter. Aus diesem Grunde sollen nach römischem Recht a) Unmündige, die sui iuris sind, von Rechtswegen unter einer Vormundschaft stehen, welche Tutela heißt, tutela impuberum s. pupillorum [a]. b) Mündige Minderjährige bedürfen zu gewissen Handlungen des Beistandes eines Curators, und kann ihnen in einigen Fällen auch wider ihren Willen ein solcher bestellt werden [b]; sie können auf ihr Gesuch immer Curatoren für ihr ganzes Vermögen ethalten; aber eine allgemeine Vorschrift, daß sie unter Vormundschaft stehen sollen, besteht im römischen Rechte nicht [c]. Der Unterschied zwischen der tutela impuberum und cura minorum[1] besteht darin, daß der Tutor durch seine Auctoritas die

[a] Inst. de tutelis. 1. 13. Dig. 26. 1. [b] L. 2. 3. Cod. qui legitimam pers. in iud. 3. 6. de in litem dando tut. v. cur. 5. 44. L. 1. 7. Cod. qui pet. tut. 5. 33. L. 5. §. 5. L. 33. §. 1. D. de adm. tut. 26. 7. cf. L. 1. in f. .. L. 3. pr. D. de minor. 4. 4. [c] pr. §. 2. J. de curatoribus. 1. 23.

debita seinen Grund, wozu aber nach dessen späterer Bedeutung auch noch die Alimentationspflicht der Kinder gegen die dürftigen Aeltern als unterstützender Grund hinzukommt (§. 348.). Daß auch die Kinder den Aeltern gegenüber derselben Rechtswohlthat genießen, ist in den Quellen nirgend bestimmt ausgesprochen (not. g.); ein ungenügender Beweis dafür ist es, den man in L. 30. in f. D. de re iud. 42. 1. hat finden wollen, und aus der Gegenseitigkeit der Alimentationspflicht ist es auch nicht schlechthin abzuleiten. Es ist daher wohl gegründet, wenn die Neuern großentheils es nicht annehmen. Bang. §. 174. Anm. 2.

§. 438.

B. Zu angenommenen Kindern.

Eine vollkommene Adoption erzeugt zwischen dem Adoptirten und Adoptivvater, auf so lange die Adoptivverwandtschaft besteht, auch in den in §. 437. angegebenen Beziehungen ein gleich wirksames Verhältniß, wie zwischen dem leiblichen Vater und seinem Kinde. Aber auch eine Frau kann durch Rescript des Regenten ein Kind mit der Wirkung adoptiren, daß dasselbe zu ihr ganz die Stellung eines leiblichen rechtmäßigen Kindes einnimmt, obgleich sie nicht die väterliche Gewalt erlangen kann [a]. Dagegen hat die sog. adoptio minus plena (§. 426.) kein älterliches Recht zur Folge; ihre juristische Wirkung besteht nur darin, daß der Adoptirte ein gesetzliches Kindeserbrecht erlangt [b], welches durch Emancipation wieder ausgeschlossen werden kann [c]. Ein anderes Verhältniß, das jedoch mit der adoptio minus plena verbunden seyn kann, ist das der Pflegkindschaft. Dieses hat aber, abgesehen von den in Beziehung auf die Aufnahme des Pflegkindes (alumnus) etwa durch Vertrag begründeten obligatorischen Rechtsansprüchen, keine juristische (familienrechtliche) Wirkung; nur soll das Pflegkind die Pflegältern nicht peinlich anklagen [d].

Anm. Ein Rescript von Diocletian und Maximian (L. 5. Cod. de adopt.) gewährte der Bittstellerin Syra die Adoption ihres Stiefsohns „in solatium filiorum amissorum", und so sagt auch §. 10. J. eod. „Feminae... ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt." Es ist aber kein Zweifel, daß die indulgentia principis auch, wo dieser Beweggrund nicht stattfindet, die Adoption gewähren kann.

---

[a] L. 5. Cod. de adopt. 8. 48. §. 10. J. de adopt. 1. 11. cf. L. 29. §. 3. D. de inoff. test. 5. 2. [b] L. 10. §. 1. Cod. de adopt. 8. 48. [c] L. 10. §. 2. Cod. l. c. [d] L. 17. Cod. de his qui accus. n. p. 9. 1. cf. L. 132. pr. D. de V. O. 45. 1.

Drittes Capitel.

Von der Vormundschaft.

I. Begriff und Arten.

§ .439.

Vormundschaft[1] ist eine für solche Personen, welche ihre rechtlichen Angelegenheiten selbst gehörig wahrzunehmen wegen persönlicher Eigenschaften nicht im Stande sind, rechtlich angeordnete Fürsorge und Vertretung durch andere Personen, welche als Surrogat für den durch die Unterwerfung unter die väterliche Gewalt zugleich gewährten Schutz für Schutzbedürftige da eintritt, wo jener Familienschutz nicht besteht oder nicht ausreicht[2].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Rudorff, das Recht der Vormundschaft, aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt, 3 Bde, Berlin 1832...34. Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts dargestellt, 2 Bde, Göttingen 1835. 1847.

[2] Nach diesem Gesichtspunkte reiht man die Vormundschaft den Familienverhältnissen an. Savigny System I. S. 361. Arndts Encyklop. §. 64. Dagegen Puchta, welcher die Lehre von der Vormundschaft in das Obligationenrecht stellt (Pand. §. 331...355.); vgl. auch Kraut I. S. 96.

§. 440.

Die Gründe, wegen deren eine Vormundschaft eintreten kann, sind:

1) Jugendliches Alter. Aus diesem Grunde sollen nach römischem Recht a) Unmündige, die sui iuris sind, von Rechtswegen unter einer Vormundschaft stehen, welche Tutela heißt, tutela impuberum s. pupillorum[a]. b) Mündige Minderjährige bedürfen zu gewissen Handlungen des Beistandes eines Curators, und kann ihnen in einigen Fällen auch wider ihren Willen ein solcher bestellt werden[b]; sie können auf ihr Gesuch immer Curatoren für ihr ganzes Vermögen erhalten; aber eine allgemeine Vorschrift, daß sie unter Vormundschaft stehen sollen, besteht im römischen Rechte nicht[c]. Der Unterschied zwischen der tutela impuberum und cura minorum[1] besteht darin, daß der Tutor durch seine Auctoritas die

[a] Inst. de tutelis. 1. 13. Dig. 26. 1. [b] L. 2. 3. Cod. qui legitimam pers. s. iud. 3. 6. de in litem dando tut. v. cur. 5. 44. L. 1. 7. Cod. qui pet. tut. 5. 33. L. 3. §. 5. L. 38. §. 1. D. de adm. tut. 26. 7. cf. L. 1. in f. . . L. 3. pr. D. de minor. 4. 4. [c] pr. §. 2. J. de curatoribus. 1. 23.

Handlungsfähigkeit des impubes infantia maior an sich ergänzt [d], während bei dem curator minoris nur von dessen Zustimmung zu selbständig vorgenommenen Handlungen des Minderjährigen die Rede ist [e]. Die erste endigt mit der Mündigkeit [f], und tritt alsdann in der Regel nur ein Anderer, nicht der gewesene Tutor, als Curator für die Zeit der Minderjährigkeit ein [g]. Nach heutigem Rechte aber ist es allgemeine Vorschrift, daß Minderjährige unter Vormundschaft stehen, und ist nun die tutela impuberum und die cura minorum zu einer von der ersten Kindheit bis zur Volljährigkeit sich erstreckenden Altersvormundschaft verschmolzen worden [2].

2) Mangel der Willensfähigkeit wegen geistiger Krankheit; darauf beruht die cura furiosi [h], die jedoch nur dann eintritt, wenn nicht ohnehin durch Altersvormundschaft für den Wahnsinnigen gesorgt ist [i]. Damit verwandt ist

3) Unsinnige Verschwendung, wegen deren einer sonst selbständigen Person durch richterliches Decret nach vorgängiger Untersuchung die eigene Verwaltung ihres Vermögens entzogen [k] und somit das Bedürfniß einer Vormundschaft für dieselbe begründet ist, cura prodigi [l].

4) Hinderung eigener genügender Fürsorge für sich selbst durch andauernde Schwäche oder Kränklichkeit oder einen körperlichen Fehler, z. B. Stummheit, Taubheit, wegen deren Jemand mit seinem Willen einen Vormund (Curator) erhalten kann; daher die sog. cura debilium personarum [m].

Nicht hieher gehören die Fälle, wo ohne unmittelbare Rücksicht auf die Person für die Verwaltung gewisser Güter ein Curator bestellt wird (cura bonorum oder rerum, §. 296.).

Anm. [1] Vgl. Löhr, über die römischen Begriffe von Tutel und Curatel, im Mag. für Rtsw. III. 1. 14. Bethmann-Hollweg im Rh. Mus. VI. S. 252...254., mit Savigny, von dem Schutz der Minderjährigen im R. R., und insbesondere

[d] Inst. de auctoritate tutorum. 1. 21. Cod. de auctoritate praestanda. 5. 59. L. 19. D. de auct. tut. 26. 8. L. 17. §. 1. D. de app. 49. 1. cf. L. 4. J. qui dari tut. 1. 14. [e] Dig. de auctoritate et *consensu* tutorum et *curatorum*. 26. 8. [f] pr. J. quib. mod. tut. fin. 1. 22. L. 3. Cod. quando tut. esse desin. 5. 60. [g] L. 5. §. 5. D. de adm. 26. 7: not. b. cf. §. 18. J. de excus. 1. 27. L. 25. D. de tut. dat. 26. 5. L. 20. Cod. de excus. 5. 62. [h] §. 3. J. de curator. 1. 23. Dig. de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis. 27. 10. Cod. de curatore furiosi vel prodigi. 5. 70. [i] L. 3. pr. §. 1. D. de tutel. 26. 1. L. 1. Cod. h. t. 5. 70. cf. L. 8. §. 3. D. de tut. dat. 26. 5. [k] L. 1. D. de curat. fur. 27. 10. cf. §. 37. not. h. L. 12. §. 2. D. de tut. dat. 26. 5. [l] §. 3. J. l. c. cf. not. h. [m] = §. 4. J. l. c. L. 2. D. de cur. fur. 27. 10. L. 12. pr. D. de tut. dat. 26. 5.

von der lex Plaetoria, in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. X. 3., in den vermischten Schriften II. 18.

[2] RPO. v. 1548. Tit. 31. §. 1. v. 1577. Tit. 32. §. 1. .... „Wenn aber nun den Obrigkeiten zusteht, in dem gebührlich und billig Einsehens zu haben, damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und unverwahrlost bleiben, so wollen Wir allen und jeden Churfürsten, Fürsten, Grafen, Prälaten, Herren von Adel und Communen hiemit ernstlich auferlegt und befohlen haben, in ihren Fürstenthümern, Herrschaften, Obrigkeiten und Gebieten, dermassen Versehung zu thun und zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nit verordnet, oder ihre angeborne Freund und Verwandte sich der Vormundschaft aus rechtmäßigen Ursachen nit unterziehen wollten oder darzu tüglich und geschickt wären, gegeben werden." Vgl. Rudorff I. §. 14. 15. Kraut II S. 94. fg.

§. 441.

Der Obrigkeit liegt nicht nur ob, dafür zu sorgen, daß für einer solchen bedürftigen Personen eine Vormundschaft wirklich bestellt werde; sie kann und soll auch in gewissem Maße Einfluß auf die Führung der Vormundschaft üben, um der Gefährdung des Bevormundeten durch Untreue oder Fahrlässigkeit und Unklugheit der Vormünder entgegenzuwirken. Darin besteht die Obervormundschaft, die als ein Ausfluß der Polizeigewalt des Staats zu betrachten ist und die Vormundschaft als ein Institut von theilweise öffentlich-rechtlichem Charakter erscheinen läßt. Eine solche obervormundschaftliche Gewalt tritt schon im römischen Rechte mehrfach bedeutend hervor, ist aber noch vollständiger im neuern Rechte anerkannt und ausgebildet, und zwar als ein regelmäßiges Attribut der richterlichen Gewalten.

Anm. [1] RPO. a. a. O. §. 8. a. E. „indem dann alle und jede Obrigkeiten, vermög göttlicher und Unserer Keyserlichen Gebott, sonders fleißiges Einsehen zu thun, aus tragendem Ampt, sich schuldig erkennen, und darumb keines Vormünders Fahrlässigkeit, noch weniger Bervortheilung bei seinem Pflegkind, oder dessen Gütern ungestraft hingehen lassen sollen." vgl. Rudorff I. §. 2 Kraut I. S. 77. fg. II. S. 95. — Puchta §. 331. a. E. „Manche Particularrechte sind in dieser Richtung so weit gegangen, daß in ihnen die vormundschaftliche Verwaltung von der obervormundschaftlichen so viel möglich nahezu absorbirt worden ist, ein der Einfachheit, Sparsamkeit und Energie der Verwaltung ungünstiges Extrem." Arndts in krit. Jahrb. X. S. 240. „der Gesetzgeber muß sich darein ergeben, es niemals völlig hindern zu können, daß ein Mündel zu Schaden komme; sonst wird er es leicht dahin bringen, daß fast jeder zu Schaden kommt."

[2] Neben der staatlichen Obervormundschaft kommt noch ein gewisser Einfluß der nächsten Angehörigen des Mündels, eines Familienrathes, in vormundschaftlichen Angelegenheiten vor. Vgl. darüber Arndts a. a. O. S. 241. mit Rudorff §. 3.

II. Begründung der Vormundschaft.

A. Fähigkeit zur Vormundschaft.

§. 442.

Fähig zur Vormundschaft sind regelmäßig nur Personen männlichen Geschlechts [a], sui oder alieni iuris [b], die nicht selbst noch einer Vormundschaft bedürfen [c]. Frauen sind davon ausgeschlossen [d]; nur Mütter und Großmütter können über Kinder und Enkel die Vormundschaft führen, wenn sie auf die weiblichen Rechtswohlthaten verzichten und so lange sie nicht eine andere Ehe eingehen [e]. Außerdem sind unfähig 1) Bischöfe und Mönche ohne Ausnahme, andere Geistliche mit der Ausnahme, daß ihnen die gesetzliche Vormundschaft über Verwandte zu führen gestattet ist [f]. 2) Soldaten [g], ausgenommen sofern sie durch Testament eines Mitsoldaten zur Vormundschaft berufen sind [h]. 3) Minderjährige [i]. 4) Wahnsinnige und erklärte Verschwender, sowie auch solche Personen, die wegen Krankheit oder körperlichen Gebrechen zu solchem Amte natürlich untauglich sind; diese sind zwar nicht geradezu für unfähig erklärt, und ihre Berufung ist nicht von Rechtswegen (ipso iure) nichtig, aber sie sollen von der Obrigkeit weder zu Vormündern berufen, noch, wenn sie auf andere Weise berufen wären, zur Führung der Vormundschaft zugelassen, und, wenn der Mangel erst später eintritt, von derselben entfernt, statt derselben aber ein anderer Vormund, unter Umständen nur interimistisch, obrigkeitlich ernannt werden [k]. Ueberhaupt kann und soll zudem die obervormundschaftliche Behörde einen Vormund ausschließen, den sie für untauglich oder das Beste des Mündels gefährdend zu halten genügenden Grund hat [l].

[a] L. 16. pr. D. de tutel. 26. 1. L. 1. Cod. quando mul. 5. 35. [b] pr. J. qui dari tutores test. poss. 1. 14. [c] L. 16. §. 1. L. 17. D. l. c. §. 13. J. de excus. 1. 25. [d] L. 18. D. l. c. [e] L. 2. 3. Cod. quando mulier tutelae officio fungi potest. 5. 35. Nov. 89. cap. 14. nov. 94. cap. 2. nov. 118. cap. 5. cf. §. 361. Anm. 3. §. 362. not. d. §. 417. [f] nov. 123. cap. 5. [g] L. 4. Cod. qui dare tutores vel curatores et qui dari non possunt. 5. 34. [h] L. 23. §. 1. D. de excusat. 27. 1. [i] L. 5. Cod. de legit. tut. 5. 30. §. 13. J. de excusat. 1. 25. cf. L. 10. §. 7. D. de excus. 27. 1. §. 2. J. qui dare 1. 14. [k] L. 1. §. 2. 3. L. 17. D. de tutel. 26. 1. L. 10. §. 8. L. 11. 12. pr. L. 40. pr. D. de excus. 27. 1. L. 3. Cod. qui dare tut. 5. 34. [l] L. 3. §. 12. D. de susp. tut. 26. 10. cf. §. 441. Anm. 1.

Anm. In den Fällen unter Nr. 4. sprechen die Quellen noch von einer excusatio (§. 447.). Da aber der Berufene hier, als unfähig zur Führung der Vormundschaft, auch wider Willen davon ausgeschlossen wird, so nennt man sie excusatio necessaria. Die praktische Bedeutung des Unterschiedes zwischen diesen Fällen und denen der absoluten Unfähigkeit (nach Nr. 1...3.) besteht darin, daß hier die Berufung zur Vormundschaft ipso iure nicht eintritt, dort der Berufene nur durch obrigkeitliche Bestellung eines andern Vormunds beseitigt wird. Jedoch gilt auch von dem Falle unter Nr. 3. insofern dasselbe, als die testamentarische Ernennung eines Minderjährigen nicht schlechthin ungültig ist, sondern nur interimistisch ein anderer Vormund obrigkeitlich bestellt wird.

§. 443.

Manche Personen sind zwar nicht überhaupt von Vormundschaften ausgeschlossen, sollen aber bei gewissen Vormundschaften nicht zugelassen werden, sind also relativ unfähig, nämlich: 1) wer durch Verbot des Vaters oder der Mutter des Mündels ausgeschlossen ist [a], 2) wer mit dessen Aeltern in unversöhnter Feindschaft gelebt hat [b], 3) wer sich zur Vormundschaft drängt [c], 4) der Ehemann, in Betreff der Vormundschaft über die Frau [d], 5) Gläubiger und Schuldner des Mündels mit Ausnahme der Mutter und Grosmutter [e]. Ist das Schuldverhältniß verschwiegen, so verliert der Gläubiger seine Forderung, der Schuldner kann während der Vormundschaft nicht befreit werden [f]. Entsteht das Schuldverhältniß zwischen Vormund und Mündel erst nach übernommener Vormundschaft, so soll jenem ein zweiter Vormund beigesellt werden [g].

B. Berufung zur Vormundschaft. Delation.

§. 444.

Nach römischem Recht kann zur Tutel, nach heutigem Recht zu jeder Altersvormundschaft auf dreifache Weise Jemand berufen werden: 1) durch testamentarische Ernennung von Seiten des Vaters, durch dessen Tod der Mündel sui iuris geworden ist [a], testamentaria tutela [b]. Die Ernennung kann im Testament selbst oder in bestätigtem Codicill [c], auch unter Bedingung oder Zeitbestimmung

[a] L. 21. §. 2. D. de tut. dat. 26. 5. L. un. Cod. si contra matris voluntatem tut. datus sit. 5. 47. [b] L. 3. §. 12. D. de susp. tut. 26. 10. L. 6. §. 17. D. de excus. 27. 1. [c] L. 21. §. 6. D. de tut. dat. 26. 5. [d] L. 2. Cod. qui dare tut. §. 3. L. 14. D. de curat. fur. 27. 10. [e] Nov. 72. cap. 1. nov. 94. cap. 1. [f] nov. 72. cap. 4. cf. §. 277. not. o. [g] nov. 72. cap. 2.

[a] §. 3. 4. J. de tutel. 1. 13. cf. Inst. qui testamento tutores dari possunt. 1. 14. [b] Dig. de testamentaria tutela. 26. 2. Cod. 5. 28. [c] L. 3. pr. D. h. t. 26. 2. [d] §. 3. J. l. c. L. 8. §. 1...3. L. 11. pr. D. l. c.

geschehen, aber nicht bloß für einzelne Sachen oder Geschäfte [c]; der ernannte muß eine individuell bestimmte Person [f] und fähig seyn, zum Erben eingesetzt zu werden [g]. Eine ungültige testamentarische Ernennung kann indessen durch obrigkeitliche Bestätigung aufrecht erhalten werden [h]. Dies geschieht ohneweiters (sine inquisitione), wenn der Vater dem emancipirten Kinde einen Vormund ernannt hat [i], oder nur in der Form gefehlt worden ist [k]. Nur in Folge einer Untersuchung (ex inquisitione) soll es geschehen, wenn der Vater dem eingesetzten unehelichen Kinde [l], desgleichen wenn die Mutter ihrem eingesetzten Kinde, oder wenn ein Anderer seinem Erben, der kein anderes Vermögen hat [m], einen Vormund ernannt hat. 2) Durch Rechtsatz, daher legitima tutela [n], gesetzliche Vormundschaft [l]); wenn eine gültige testamentarische Ernennung nicht stattgefunden oder dieselbe völlig beseitigt worden ist [o], so werden die nächsten zur Vormundschaft fähigen gesetzlichen Erben des Mündels dazu berufen [p]; 3) durch obrigkeitliche (richterliche) Ernennung [q], sog. tutela dativa; diese tritt ein, wenn weder testamentarisch noch gesetzlich ein Vormund berufen [r], oder der berufene von der Führung der Vormundschaft, wenn auch nur für eine gewisse Zeit, ausgeschlossen [s] oder entbunden [t], oder sonst die Wirksamkeit der Berufung noch ungewiß oder hinausgeschoben [u], oder nur einer von mehreren Vormündern zu ersetzen ist [v], oder sonst das Bedürfniß eintritt, für eine gewisse Zeit [w] oder für gewisse Geschäfte [x] anstatt des vorhandenen Vormunds einen andern zu bestellen [z].

[c] §. 4. J. l. c. L. 12...15. D. l. c. [f] L. 20. pr. D. l. c. §. 27. J. de legat. 2. 20 [g] L. 21. D. l. c. [h] Dig. de confirmando tutore. 26. 3. Cod. 5. 29. [i] §. 5. J. de tutel. 1. 13. L. 1. §. 1. 2. D. h. t. 26. 3. [k] L. 1. §. 1. L. 3. D. l. c. L. 2. Cod. h. t. 5. 29. L. 29. D. de test. tut. 26. 2. [l] L. 7. pr. D. h. t. 26. 3. L. 4. Cod. eod. nov. 89. cap. 14. [m] L. 4. 5. D. h. t. 26. 3. [n] Dig. de legitimis tutoribus. 26. 4. Cod. de legitima tutela. 5. 30. cf. Jnst. de legitima agnatorum tutela. 1. 15. de legitima patronorum tutela. 1. 17. de legitima parentum tutela. 1. 18. de fiduciaria tutela. 1. 19. [o] L. 6. D. h. t. 26. 4. §. 2. J. de legit. agnat. tut. 1. 15. L. 9. 10. pr. §. 3. L. 11. D. de test. tut. 26 2. [p] Nov. 118. cap. 5. cf. not. m. [q] Dig. de tutoribus et curatoribus datis ab his, qui ius dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt. 26. 5. Jnst. de Atiliano tutore et eo, qui ex lege Julia et Titia dabatur. 1. 20. [r] pr. J. h. t. 1. 20. [s] L. 17. D. de tutel. 26. 1. L. 10. §. 7. D. de excus. 27. 1. L. 9. §. 1. D. de tut. act. 27. 3. L. 11. §. 2. D. de test. tut. 26. 2. cf. §. 442. not. i...l. [t] L. 11. §. 1. D. de test. tut. 26. 2. §. 5. J. de curat. 1. 23. [u] §. 1. J. h. t. 1. 20. L. 10. pr. 11. pr. D. l. c. L. 9. §. 2. D. de tut. act. 27. 3. cf. not. d. [v] L. 11. §. 4. D. de test. tut. 26. 2. L. 4. Cod. in quibus casibus tutorem habenti tutor vel curator dari potest. 5. 36. [w] L. 1. Cod. eod. L. 7. Cod. de susp. tut. 5. 43. L. 2. D. de tut. dat. 26. 5. [x] §. 3. J. de auct. tut. 1. 21. §. 5. 6. J. de curat. 1. 23. L. 27. pr. D. de test. tut. 26. 2. Cod. de in litem dando tutore vel curatore. 5. 44.

Anm. [b] Nach altem Recht waren die nächsten Agnaten, wie gesetzliche Erben, so auch gesetzliche Tutoren (not. m.); durch nov. 118. cap. 5. wurde beides gleichmäßig auf die Cognaten übertragen. Im ältern Recht kam aber, analog der gesetzlichen Tutel des Patronus, auch noch eine gesetzliche Tutel des emancipirenden Vaters (legitima parentis tutela) und seiner Söhne (fiduciaria tutela) über das emancipirte Kind vor (not. m.). Die Meisten halten diese für antiquirt durch Nov. 118. Rudorff I. S. 243. fg.; von Manchen werden sie noch als praktisch angesehen. Thibaut Abh. S. 285. fg. Bang. §. 267. Ein scheinbarer Grund dafür ist dieser: der Mutter und Großmutter wird in nov. 118. cap. 5. vor allen Seitenverwandten, also auch vor den mit ihnen in der Erfolge concurrirenden Brüdern, der Vorzug gegeben; es scheint nicht annehmbar, daß der Vater bezüglich des emancipirten Kindes weniger Recht als jene haben sollte.

[2] Die Ernennung von Tutoren war in Rom durch eine lex Atilia dem praetor urbanus in Gemeinschaft mit der Mehrheit der Volkstribunen übertragen: daher Atilianus tutor. Kraft seines Amtes aber konnte der Prätor für einen Rechtstreit des Mündels mit seinem Tutor einen andern Tutor (praetorius tutor) ernennen, gegen die Regel: tutorum habenti tutor non datur, von welcher dann auch noch andere Ausnahmen gemacht wurden. Gai. I. 184. 185. Ulp. XI. 24. vgl. not. s. u. Freier war ohnehin die Ernennung von Curatoren, auch für einzelne Angelegenheiten, und diese war später so gewöhnlich als genügend, wo das Bedürfniß Bestellung eines Vormundes gegen jene Regel erfordert. §. 3. J. de auct. tut. 1. 18. §. 5. J. de curat. 1. 23.

§. 445.

Die übrigen Arten der Vormundschaft (Curatel, nach römischem Recht auch die über Minderjährige) werden regelmäßig durch die Obrigkeit bestellt [a]. Zwar gab es nach den zwölf Tafeln auch eine gesetzliche Curatel über Wahnsinnige und Verschwender [b]. Aber die letzte betraf nur denjenigen, welcher das durch gesetzliche Erfolge ihm zugekommene väterliche Vermögen vergeudete [c], welche Beschränkung veranlaßte, daß später gewöhnlich obrigkeitliche Ernennung dafür eintrat [d], und bezüglich beider geschah die wirkliche Berufung doch nur unter Mitwirkung der Obrigkeit [e], welcher auch die Cognition über das Bedürfniß derselben zustand [f]. Testamentarische Ernennung solcher Vormünder bedarf immer der Ergänzung durch obrigkeitliche Bestätigung, die aber bei Ernennung durch den Vater auch hier ohne Prüfung, in andern Fällen nur nach einer solchen erfolgt [g].

[a] §. 1. 3. J. de curat. 1. 23. L. 12. D. de tut. et cur. dat. 26. 5. L. 1. 2. D. de cur. fur. 27. 10. L. 1. Cod. eod. 5. 70. [b] §. 3. J. cit. Ulp. XII. 2. 3. [c] Ulp. XII. 3. [d] L. 1. pr. D. h. t. 27. 10. [e] L. 7. §. 6. Cod. de cur. fur. 5. 70. §. 3. J. cit. L. 13. D. l. c. [f] L. 6. D. l. c. cf. Pauli sentt. III. 4. a. §. 7. [g] L. §. 3. L. 6. 14. D. de confirm. tut. 26. 3. L. 16. D. de cur. fur. 27. 10.

Anm. Nach den XII. tabb. stand die cura legitima ebenfalls den nächsten Agnaten zu, und so wird auch im Just. Recht noch der Agnat als legitimus curator furiosi (agnatus furiosi) in mehreren Stellen anerkannt. L. 12. D. de cur. fur 27. 10. cf. L. 13. eod. L. 65. D. de solut. 46. 3. L. 2. 5. 7. §. 6. Cod. de cur. fur. 5. 70. Nach Nov 118. wird nun consequent ein solches vorzügliches Anrecht auf die Curatel den nächsten fähigen Cognaten einzuräumen seyn.

§. 446.

Die obervormundschaftliche Behörde soll von Amtswegen darauf Bedacht nehmen, dem vorliegenden Bedürfniß der Bestellung einer Vormundschaft in angemessener Weise zu entsprechen [a]. Zugleich aber ist gewissen Personen zur Pflicht gemacht, der Obrigkeit von dem Falle des Bedürfnisses Kenntniß zu geben, und allenfalls eine zum Vormund taugliche Person in Vorschlag zu bringen, petere tutorem vel curatorem [b]. Verpflichtet dazu, und zwar innerhalb eines Jahres dieses Gesuch zu stellen, sind die nächsten Intestaterben des Mündels [c]; wegen schuldvoller Verabsäumung sollen sie von der Erbschaft des letzten ausgeschlossen werden, wenn derselbe, ohne die Fähigkeit zur Testamentserrichtung erlangt zu haben, gestorben ist [d]. Wo nur mit dem Willen des zu Bevormundenden die Vormundschaft angeordnet [e], oder erst durch obrigkeitliche Verfügung das Bedürfniß derselben festgestellt wird, kommen diese Vorschriften nicht zur Anwendung.

§. 447.

C. Pflicht zur Uebernahme der Vormundschaft.

Die Uebernahme einer rechtmäßig angetragenen Vormundschaft ist eine Last (munus publicum), der man sich nicht willkürlich entziehen kann [a]. Nur die Mutter und Großmutter sind dazu berechtigt, ohne verpflichtet zu seyn [b]. Es gibt jedoch eine Reihe von Gründen, excusationes, aus welchen Jemand die Uebernahme aller oder doch gewisser Vormundschaften ablehnen, oder selbst von der

[a] RBO. Tit. 32. §. 1. L. 2. §. 2. cf. L. 4. pr. D. qui pet. tut. 26. 6. [b] Dig. qui petant tutores vel curatores et ubi petantur. 26. 6. Cod. qui petant tutores vel curatores. 5. 31. ubi petantur tutores vel curatores. 5. 32. [c] L. 2. §. 1. 2. D. l. c. L. 2. §. 23...46. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. L. 10. Cod. de legit. hered. 6. 58. [d] L. 10. Cod. cit. L. 3. 6. Cod. ad Sc. Tertull. 6. 56. cf. L. 8. 11. Cod. qui pet. 5. 31. L. 2. §. 26. 27. 32...37. 43...46. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. L. 2. Cod. si adv. del. 2. 35. [e] L. 2. §. 29. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. cf. §. 2. J. de curat. 1. 23. L. 3. Cod. qui dare tut. 5. 34. cf. §. 4. J. l. c.

[a] pr. J. de excus. 1. 25. [b] Nov. 94. cap. 1.

schon übernommenen Vormundschaft entbunden zu werden verlangen kann [c]. Die Befreiung von Uebernahme der Vormundschaft muß nach erlangter Kunde von der Berufung zu derselben in gesetzlicher Frist bei dem competenten Gerichte geltend gemacht werden; widrigenfalls geht sie verloren. Diese Frist beträgt in jedem Falle wenigstens 50 Tage; demjenigen aber, welcher über 100 Milien entfernt ist, werden 30 Tage und für je 20 Milien ein Tag mehr, jedoch jedenfalls nicht weniger als 50 Tage gegeben [d]. Während der Verhandlung, die in 4 Monaten beendigt seyn soll [e], wird nöthigenfalls ein interimistischer Vormund bestellt [f]. Gegen das abweisende Erkenntniß kann Berufung eingelegt [g], auch innerhalb der gesetzlichen Frist noch ein weiterer Befreiungsgrund geltend gemacht werden [h]. Wird aber die nachgesuchte Befreiung endgültig abgewiesen, oder auch hinterher erst als thatsächlich ungegründet erkannt [i], so wird sie als nicht vorgeschützt angesehen, und der Vorschützende wegen des dem Mündel durch seine Zögerung entstandenen Nachtheils verantwortlich [k]. Der Uebernahme einer testamentarischen Vormundschaft kann sich, auch wenn er einen gesetzlichen Befreiungsgrund für sich hat, nicht mehr entziehen, wer ein Vermächtniß vom Testator angenommen [l] oder bei dessen Lebzeiten ihm versprochen hat, die Vormundschaft über seine Kinder zu übernehmen [m] (sog. tutela pactitia).

Anm. [1] Die einzelnen Befreiungsgründe sind folgende: a) Bekleidung eines obrigkeitlichen Amtes. §. 3. J. h. t. L. 6. §. 14. 16. L. 17. §. 4. 5. D. h. t. b) Verwaltung der Angelegenheiten des Regenten oder des Fiscus. §. 1. J. L. 22. §. 1. L. 41. pr. D. h. t. cf. L. 8. Cod. h. t. c) Aufnahme in das consistorium principis. L. 30. pr. D. eod. d) Abwesenheit im Dienste des Staates, bis zum Ablauf eines Jahres nach der Rückkehr. §. 2. J. L. 10. pr. §. 1...3. D. h. t. L. 1. 2. Cod. si tutor vel curator reipublicae causa aberit. 5. 64. e) ein geistliches Amt. L. 32 Cod de episcop. 1. 3. f) ein öffentliches wissenschaftliches Lehramt oder Bestallung als Arzt. L. 6. §. 1...12. D. h. t. §. 15. J. eod. g) ehrenvolle Entlassung aus dem Kriegsdienste nach Ablauf der vollen Dienstzeit (von zwanzig

[a] Inst. de excusationibus tutorum vel curatorum. 1. 25. Dig. de excusationibus 27. 1. Cod. de excusationibus tutorum et curatorum et de temporibus earum. 5. 62. cf. Vat. fragm. §. 123...247. Pauli sentt. II. 27...30. [b] §. 16. J. h. t. 1. 25. L. 6. D. h. t. 27. 1. cf. L. 1. §. 1. D. quando app. 49. 4. [c] L. 38. D. h. t. 27. 1. [d] L. 6. §. 1. D. de appell. 49. 1. [e] L. 3. 6. 15. Cod. h. t. 5. 62. [f] §. 16. J. h. t. L. 38. §. 1. D. h. t. [g] §. 20. J. h. t. Cod. si tutor vel curator falsis allegationibus excusatus sit. 5. 63. [h] L. 15. 22. Cod. h. t. 5. 62. L. 20. 39. §. 6. D. de adm. 26. 7. [i] L. 5. §. 2. D. de his quae ut indign. 34. 9. cf. L. 32...34. D. h. t. 27. 1. [k] §. 9. J. h. t. L. 15. §. 1. D. h. t. cf. L. 29. in f. D. de test. tut. 26. 2.

Jahren), jedoch mit Beschränkung bezüglich der Kinder von Soldaten; frühere Entlassung, nach dem fünften Dienstjahre, gibt nur zeitweilige Befreiung. L. 8. D. h. t. cf. L. 1. 2. Cod. de excusationibus veteranorum. 5. 64. h) Mitgliedschaft einer Corporation, der ein solches Privilegium ertheilt ist, das sich jedoch im Zweifel nicht auf die Vormundschaft über Kinder anderer Mitglieder an demselben Wohnorte erstreckt. L. 17. §. 1...3. L. 26. D. eod. cf. L. 41. §. 3. L. 42. eod. i) die Zahl von 3, 4 oder 5 leiblichen Kindern (in Rom, Italien oder den Provinzen). pr. J. h. t. L. 2. §. 2...8. L. 18. 36. §. 1. L. 37. D. eod. L. 1. 2. Cod. qui numero liberorum se excusant. 5. 65. k) drei Vormundschaften in einem Hause (tria onera in una domo), sey es, daß sie der Vater selbst oder ein seiner Gewalt Unterworfener verwaltet, sofern nur jener dafür haftet, ungerechnet diejenigen, die man aus freiem Antrieb übernommen hat, oder die nur geringe Schwierigkeit haben, wogegen umgekehrt nach Umständen auch wohl eine einzige besonders schwierige genügt. §. 5. J. h. t. L. 2. §. ult. L. 3...6. pr. 15. §. 15. 16. L. 31. D. eod. L. un. Cod. qui numero tutelarum se excusant. 5. 69. l) Armuth, wegen deren alle Thätigkeit für den eigenen Unterhalt in Anspruch genommen wird. §. 6. J. h. t. L. 7. 40. §. 1. D. eod. m) Krankheit, welche in Besorgung der eigenen Geschäfte dauernd hindert. §. 7. J. eod. L. 10. §. 8. L. 45. §. 4. D. eod L. un. Cod. qui morbo se excusant. 5. 67. n) Unkunde im Lesen und Schreiben und überhaupt Mangel an Geschäftskenntniß, sofern diese der Führung der Vormundschaft hinderlich seyn würden. §. 8. J. h. t. L. 6. §. ult. D. eod. o) das Alter von 70 Jahren. §. 13. J. eod. L. 2. pr. §. 1. L. 15. §. 11. D. eod. L. un. Cod. qui aetate se excusant. 5. 68. p) Verschiedenheit des Wohnorts. L. 46. §. 2. D. eod. Aus demselben Grunde kann der Vormund auch Befreiung von der Verwaltung solcher Güter, die in einer andern Provinz oder 100 Milien von seinem Wohnort entfernt sind, begehren. L. 10. §. 4. L. 19. 21. §. 2. 3. D. eod. q) Ernennung durch den Vater aus Feindschaft. §. 9. J. L. 6. §. 17. D. eod. r) Erbschaftsstreit des Berufenen mit dem Mündel. §. 4. J. L. 21. pr. D. eod. Endlich kann s) der gewesene Tutor nach R. R. die Cura über dieselbe Person ablehnen, §. 18. J. h. t. L. 16. D. L. 20. Cod. eod.

Von der letzten Bestimmung ist jedoch heutzutage nur mehr die Anwendung zu machen, daß der gewesene Altersvormund nach erreichter Volljährigkeit des Mündels nicht noch eine cura furiosi oder prodigi über denselben zu übernehmen braucht. Zweifelhaft ist auch die heutige Anwendbarkeit der Befreiungsgründe unter c und g., weil sie mit römischen Einrichtungen zusammenhängen, und desjenigen unter i., welches zu den dem heutigen Rechte fremden Begünstigungen der Kindererzeugung gehörte, und jetzt nur mehr nach anderm Gesichtspunkte angemessen erscheint, insofern es nämlich unbillig ist, demjenigen, der noch für eine größere Zahl eigener Kinder zu sorgen hat, zudem die Vormundschaft über fremde aufzubürden. Entschieden unpraktisch sind einige andere besondere Befreiungsgründe, die noch im R. R. vorkommen. L. 6. §. 13. L. 8. §. 12. L. 17. §. 1...3. L. 26. 46. D. h. t. L. 24. Cod. h. t. 5. 62. L. 13. Cod. qui dare. 5. 34.

[a] Von den angegebenen Befreiungsgründen können manche unter Umſtänden als ſog. excusatio necessaria (§. 443.) die Beſtellung zum Vormund hindern, z. B. die unter l. m. n., und ſo wohl in der Regel der unter s.

[b] Auch von einer bereits übernommenen Vormundſchaft entbinden die Befreiungsgründe unter l. c. l. m., L. 11. §. 2. D. de minor. 4. 4. L. 11. §. 2. D. h. t.; ſodann auch l. d., wenn der Vormund im Dienſte des Staats über Meer geht; denn im andern Fall wird nur ein interimiſtiſcher Vormund beſtellt. L. 11. §. 2. cit. ef. §. 2. J. h. t. L. 10. §. 2. D. h. t. Auch berechtigt dazu eine Veränderung des Domicils (l. p.) auf Befehl oder mit Erlaubniß des Regenten, im letzten Fall vorausgeſetzt, daß dieſer die Vormundſchaft kannte. L. 12. §. 1. D. h. t. 27. 1.

§. 448.

D. Anſtellung des Vormundes.

Nach reichsgeſetzlicher Vorſchrift [a] ſoll jeder Vormund durch das obervormundſchaftliche Gericht in die Verwaltung der Vormundſchaft förmlich eingeſetzt werden. Es geſchieht durch ein gerichtliches Decret, das ſog. Tutorium oder Curatorium, welches dem Vormunde zu ſeiner Legitimation zugefertigt wird. Dieſer ſoll aber zuvor Bürgſchaft ſtellen und den Vormundſchaftseid ablegen [b], auch ſofort beim Antritt der Vormundſchaft ein Vermögensverzeichniß (Inventarium) errichten [c]. Die Pflicht und Verantwortlichkeit des Vormundes beginnt übrigens, ſobald er von ſeiner Berufung zur Vormundſchaft (bei obrigkeitlicher Beſtellung, durch amtliche Bekanntmachung des Ernennungsdecrets) Kenntniß erhalten hat [d]. Er muß alsdann die obrigkeitliche Anſtellung zur Verwaltung ſelbſt betreiben, auch im Nothfall ſchon vorher Unaufſchiebliches beſorgen [e], und haftet wegen des durch verſchuldete Zögerung dem Mündel verurſachten Nachtheils [f].

Anm. Die RPO. verordnet (§. 2): daß „ein jeglicher Vormünder, er ſey gleich in Teſtaments Weiſ' verordnet, oder durch das Recht oder Richter gegeben, ſich der Vormundſchaft nicht unterziehen ſoll, die Verwaltung ſey ihm dann zuvor durch die Obrigkeit decerniert und befohlen". (§. 3.) „Item, daß er nach beſchehener Verwaltung von allen Gütern, liegend und fahrend, Schuldenbrief und Regiſtern, ein Inventarium aufrichte, und rechtmäßige genugſame Caution und Verſicherung thue, auch mit Gelübden und Eiden beladen werde, daß er ſeinem

[a] RPO. Tit. 32. §. 2. [b] RPO. Tit. 32. §. 5. cf. Inst. de satisdatione tutorum vel curatorum. 1. 24. Dig. rem pupilli vel adolescentis salvam fore. 46. 6. Cod. de tutore vel curatore, qui satis non dedit. 5. 42. Nov. 72. cap. 8. [c] RPO. l. c. L. 1. pr. D. de adm. 26. 7. L. 13. §. 1. Cod. arb. tut. 5. 51. [d] L. 1. §. 1. L. 5. §. fin. L. 6. D. de adm. 26. 7. L. 5. Cod. de periculo tut. 5. 38. [e] L. 7. pr. §. 1. D. de adm. 26. 7. [f] L. 13. §. 1. D. de excus. 27. 1. Cod. si tut. vel cur. non gess. 5. 53. cf. §. 447. not. k.

Pflegkindern und ihren Gütern getrewlich und ehrlich vorseyn, ihre Personen und Güter versehen und wahren, die Güter nicht in seinen eigenen Nutzen kehren oder wenden, noch dieselbigen ohn' Vorwissen, Erkänntnis und Decret der Obrigkeit veräußern, verpfänden oder beschweren, und jährlich nit allein auf Erfordern der Obrigkeit, sondern auch selbst vermög seines anbefohlenen Amts, auch geleister Pflicht und Eids, gebürlich Rechenschaft anbieten und thun, um seine Verwaltung Red und Antwort geben, und alles Anderes handeln, das einem getreuen Vormünder eignet und zustehet, alles bei Vermeidung der Straf gemeiner Recht', u. s. w." Die hiernach erforderliche Anstellung des Vormundes pflegt man confirmatio Germanica zu nennen. — Im R. R. findet sich Vereidigung des Vormundes zuerst bei der cura furiosi (L. 7. §. 5. 6. Cod. de cur. fur. 5. 70.), sodann auch bei Altersvormundschaften (nov. 72. cap. 8. cf. nov. 115. praef.). Cautionsleistung ist im R. R. auch noch nicht allgemein vorgeschrieben, namentlich bei testamentarischer Vormundschaft nicht erforderlich (vgl. not. b. Rudorff II. S. 213. fg.). In der neuern Praxis wird übrigens auch die positive allgemeine Vorschrift der RPO. in dieser Beziehung häufig nicht befolgt, und dem Vormunde bloß der Eid oder auch nur ein Handgelöbniß abgenommen. Rudorff II. S. 231. Sint. III. §. 148. not. 13. Seuffert §. 499.

III. Endigung der Vormundschaft [a].

§. 449.

Eine Vormundschaft hört völlig auf, wenn das Bedürfniß derselben wegfällt. Sie endigt daher 1) durch den Tod des Mündels, 2) durch dessen Unterwerfung unter die väterliche Gewalt, 3) die Altersvormundschaft insbesondere durch die Volljährigkeit des Mündels, 4) die Curatel über einen Wahnsinnigen durch dessen Genesung, 5) die über einen Verschwender durch dessen Besserung, in Folge deren er durch obervormundschaftliches Decret wieder für fähig der eigenen Verwaltung seines Vermögens erklärt wird, 6) die Vormundschaft über andere hülfsbedürftige Personen, wenn ihre Hülfsbedürftigkeit aufhört, weshalb sie selbst die Aufhebung der Vormundschaft betreiben können, endlich 7) die für eine einzelne Angelegenheit angeordnete Vormundschaft durch vollständige Erledigung des Geschäfts, welches dem Vormunde oblag.

Anm. Nach R. R. hörte die Tutel über Unmündige mit der Mündigkeit auf; heutzutage dauert die Vormundschaft fort bis zur Volljährigkeit oder (was ihr gleichsteht) Volljährigkeitserklärung (§. 35. not. c.). Nach R. R. endigt auch die cura prodigi wie die cura furiosi ipso iure, wenn der Mündel sanae mentis wird. L. 1. pr. D. de cur. fur. 27. 10. Jedoch tritt die letzte sofort

[a] Inst. quibus modis tutela finitur. 1. 22. Cod. quando tutores vel curatores esse desinant. 5. 60.

wieder in Wirksamkeit, wenn der Mündel wieder in Wahnsinn verfällt. L. 6. Cod. de cur. fur. 5. 70. Nach heutigem Recht wird bei Verschwendern immer eine obrigkeitliche Aufhebung des Decrets, das sie unter Vormundschaft setzte, erfordert, und auch bei Wahnsinnigen ist es gewöhnlich, nach vorgängiger richterlicher Untersuchung die Vormundschaft förmlich für beendigt zu erklären, und dieses öffentlich bekannt zu machen. Vgl. Preuß. Lbrt II. §. 815...819. 856...859. Code Nap. art. 512. Diese Gesetzgebungen legen aber auch bis dahin den Wahnsinnigen selbst in lichten Zwischenräumen, abweichend vom R. R., keine Dispositionsfähigkeit bei.

§. 450.

Eine Vormundschaft kann bloß in der Person des Vormundes beendigt werden, ohne daß der Mündel deshalb vormundschaftslos wird, 1) durch den Tod [1] des Vormunds [a], 2) durch eintretende Unfähigkeit desselben [b], 3) durch Eintritt des Endtermins oder der Resolutivbedingung, unter welcher die Bestellung geschehen [c], sowie durch Wegfall der Veranlassung, aus welcher die Vormundschaft als interimistische bestellt worden [d], 4) durch ein obervormundschaftliches Decret, welches entweder a) dem Vormunde auf sein Verlangen aus einem dazu genügenden Grunde die Niederlegung der Vormundschaft gestattet [e], oder b) denselben ohne sein Verlangen von der Vormundschaft entfernt [f], sey es, weil er durch Untreue oder grobe Nachlässigkeit [2] des Amtes sich unwürdig gemacht hat [g], oder aus andern Gründen seine Beibehaltung fernerhin für das Interesse des Mündels bedenklich erscheint [h]. Auf solche Entfernung des Vormundes kann Jeder im Interesse des Mündels antragen (suspectum postulare oder accusare), auch Frauen, die ihm verwandt oder verschwägert sind, und der Minderjährige selbst nach Berathung mit seinen Angehörigen [i]. Das Verfahren kann aber auch von Amtswegen eingeleitet werden [k]. Während der Verhandlung darüber wird dem Vormunde die Verwaltung genommen und ein Interimsvormund bestellt [l]. Die Absetzung selbst erfolgt nach vorgängiger Prüfung durch richterliches Decret [m], gegen welches auch Berufung zulässig ist [n].

[a] §. 3. J. h. t. 1. 22. cf. L. 1. pr. L. 4. pr. §. 1. D. de fideiuss. et hered. 27. 7. L. 27. D. de appellat. 49. 1. [b] cf. §. 443. [c] §. 2. 5. J. h. t. 1. 22. L. §. 3. 5. D. de tutel. 26. 1. L. 9. §. 3. D. de tut. act. 27. 3. [d] L. 9. §. 2. D. [e] §. 447. Anm. 3. [f] Inst. de suspectis tutoribus et curatoribus. 1. 26. Dig. 26. Cod. 5. 43. [g] §. 5. 10...12. J. h. t. 1. 26. L. 3. §. 5. 13...17. L. 7. §. 1. D. 26. 10. L. 2. Cod. h. t. 5. 43. cf. L. 8. D. eod. [h] L. 3. §. 12. 18. D. eod. [i] §. 6. 7. L. 7. pr. D. eod. §. 3. 4. J. eod. L. 6. Cod. eod. [k] L. 3. §. 4. D. eod. [l] §. 7. J. eod. L. 7. Cod. eod. [m] §. 1. J. eod. L. 1. §. 3. 4. L. 4. §. 1...3. L. D. eod. [n] L. 17. §. 1. L. 20. D. de appell. 49. 1.

Anm. [1] Mit dem Tode hat nach R. R. die capitis deminutio maxima oder media gleiche Wirkung. §. 4. J. h. t. 1. 22. Heutzutage kommt diese als solche nicht mehr in Betracht (§. 28.); aber freilich wird in den Fällen, in welchen sie nach R. R. stattfand, jetzt doch in der Regel eine Entfernung des Vormundes erfolgen (nach not. h.). Die minima capitis deminutio des Vormundes bewirkte nur die Endigung der legitima agnatorum tutela. §. 4. J. cit. L. 5. §. 5. D. de legit. tut. 26. 4. L. 11. D. de tut. act. 27. 3. cf. L. 7. pr. D. de cap. min. 4. 5. Tutelas etiam non amittit capitis minutio, *exceptis his, quae in iure alieno personis positis deferuntur.* Igitur testamento dati vel ex lege vel ex senatusconsulto erunt nihilominus tutores. Sed legitimae tutelae ex XII. tabb. intervertuntur, eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae; quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mutati. Ex novis autem legibus et hereditates et tutelae plerumque sic deferuntur, ut personae naturaliter designentur, ut ecce deferunt hereditatem senatusconsulta matri et filio. Die unterstrichenen Worte erklärt man als Umschreibung von „Agnaten", nach dem Schol. ad Basil. (ed. Heimbach IV. pag. 555.) τουτέστι τοῖς διαμένασιν ὑπεξουσίοις μέχρι τῆς τοῦ πατρὸς τελευτῆς. Bang. §. 288. Andere ändern den Text, z. B. *quae i. a. p. p. def.* i. e. *quae iure agnationis proximis potissimum deferuntur* (Cuiac.), oder *quae in iure antiquo positis pers. def.* (Gothofred.); Haloander aber liest *non deferuntur*, welche Lesart gut vertheidigt wird von Huschke im Rh. Mus. VII. S. 148. fg. „Andere (z. B. Mühlenbruch §. 587.) haben darin den Satz gefunden, daß die einem Filiusfamilias übertragene Vormundschaft zwar nicht durch capitis deminutio überhaupt, denn diesem würde L. 11. cit. widersprechen, aber durch seinen Uebergang in eine andere väterliche Gewalt sich endige. Für diesen Satz würde sich zwar ein plausibler materieller Grund auffinden lassen, aber er kann nicht in jene Stelle ohne Gewalt gegen ihren Ausdruck und ihren Zusammenhang gelegt werden." Puchta §. 345. not. e.

[2] Der wegen Dolus (streitig ob auch wegen lata culpa?) abgesetzte Vormund wird nach R. R. infam, vorausgesetzt, daß der Grund im Decret angegeben ist. §. 6. J. h. t. 1. 26. L. 4. pr. §. 1. 2. D. h. t. L. 9. Cod. h. t. 5. 43. cf. §. 31. Anm. 1. f.

IV. Rechtsverhältnisse der Vormundschaft.

§. 451.

A. Sorge für die Person des Mündels.

Dem Vormunde liegt zunächst eine Fürsorge für die Person des Mündels ob, sofern es nach dessen Eigenschaft einer solchen bedarf. So namentlich bei der Vormundschaft über einen Geisteskranken, für dessen Beaufsichtigung und Unterhalt, nach Umständen auch Heilung, der Vormund besorgt seyn und das Nothwendige aus

dessen Vermögen hergeben muß, ohne aber selbst der persönlichen Pflege sich unterziehen zu müssen [a]. So auch bei der Altersvormundschaft: Der Vormund hat das Recht, wie die Pflicht, in Beziehung auf Aufenthalt, Erziehung und Unterhalt des Mündels das Erforderliche vorzunehmen oder zu veranlassen. Zwar kann darüber die Obervormundschaft, von Amtswegen wie auf Antrag, etwa unter Zuziehung der Angehörigen des Mündels und mit Rücksicht auf die Bestimmungen der Aeltern, Anordnungen treffen [b]. Aber hat vor allen die Mutter, wenngleich sie nicht Vormünderin ist, Anspruch auf Erziehung des Kindes, falls nicht besondere Gründe entgegen sind [c]. Aber der Vormund hat nicht nur, so viel an ihm ist, für den Vollzug solcher Anordnungen zu wirken, insbesondere die Unterhalts- und Erziehungskosten, deren Maß aber ebenfalls durch die Obervormundschaft festsetzen zu lassen für jenen selbst räthlich ist, aus dem Mündelvermögen zu bestreiten [d]; er wird auch verantwortlich, wenn durch seine Nachlässigkeit das Nöthige versäumt [e] oder den Verhältnissen Unangemessenes angeordnet wird. Auch kann demselben die unmittelbare Pflege und Erziehung anvertraut werden [g], und heutzutage wird nächst der Mutter vorzugsweise dem Vormund auch der Beruf, die Erziehung des Mündels zu leiten, und selbst neben jener als deren Rath und Beistand für derselben anzunehmen, beigelegt. Den persönlichen Rechtzustand des Mündels zu wahren und nöthigenfalls gerichtlich geltend zu machen, gehört ebenfalls zu den Obliegenheiten des Vormunds [h].

§. 452.

B. Mitwirkung bei Handlungen des Mündels.

Der Vormund kann als bloßer Beistand des Mündels thätig seyn, indem er Handlungen desselben durch seine Zustimmung bekräftigt. Dies setzt natürlich voraus, daß der Mündel nicht überhaupt willensunfähig oder doch zu der fraglichen Handlung schlechthin unfähig sey. So kann bei Kindern und Wahnsinnigen zur

[a] L. 7. pr. D. de cur. fur. 27. 10. cf. L. 22. §. 8. D. sol. matr. 24. 3. L. 13. §. 1. L. 14. D. de off. praes. 1. 18. [b] L. 1. 5. D. ubi pupillus educari vel morari debet et de alimentis ei praestandis. 27. 2. Cod. ubi pupilli educentur. 5. 49. [c] L. 1. Cod. l. c. nov. 22. cap. 38. cf. §. 417. not. l. [d] L. 2...4. D. l. c. Cod. de alimentis pupillo praestandis. 5. 50. [e] L. 6. D. l. c. L. 1. Cod. l. c. cf. L. 3. §. 6. D. eod. L. 1. Cod. ubi pup. educ. 5. 49. [f] L. 2. §. 2. 3. D. l. c. [g] L. 1. Cod. l. c. [h] L. 1. Cod. de alim. praest. 5. 50.

keine Rede davon seyn [a]. Unmündige aber, die nicht mehr Infantes sind, und Minderjährige, können solche Rechtsgeschäfte, die ihnen lediglich Vortheil bringen, sogar ohne den Vormund, und solche, wodurch sie sich verpflichten oder ein Recht aufgeben, unter Zustimmung desselben gültig vornehmen [b]. In dieser Beziehung besteht zwar nach römischem Recht ein wichtiger Unterschied zwischen Unmündigen und mündigen Minderjährigen. Die ersten können nur unter Auctoritas des Tutors handeln [c]; diese aber muß unmittelbar bei der Handlung selbst als Ergänzung derselben von dem persönlich gegenwärtigen Tutor, mündlich, unbedingt, freiwillig erklärt werden [d], und zwar von einem Tutor, der bei dem fraglichen Rechtsgeschäft nicht selbst betheiligt [e] und in Ansehung des Gegenstandes desselben überhaupt zu handeln befugt ist [f], von allen Tutoren aber, wenn die Aufhebung der Vormundschaft selbst in Frage steht [g]. Der mündige Minderjährige dagegen ist an sich handlungsfähig [h]; er bedarf nur in gewissen Fällen durchaus der Beistimmung eines Curators, namentlich bei Proceßführung [i], Bestellung einer Dos, oder donatio propter nuptias [k]. Arrogation [l], und zwar bei der letzten aller seiner Curatoren [m]; und wenn er einmal einen Curator hat, so kann er auch ohne dessen Beistimmung kein Rechtsgeschäft wirksam vornehmen, welches in das der Verwaltung desselben untergebene Vermögen eingreift [n]; aber die Zustimmung des Curators kann in jeder Weise, auch vorher oder nachher, erklärt werden. Allein in der heutigen Praxis wird der formelle Unterschied zwischen der auctoritas tutoris und dem consensus curatoris nicht mehr beachtet, und auch bezüglich der Minderjährigen, wie sie von Rechtswegen unter Vormundschaft stehen sollen, als Regel angenommen, daß sie ohne vormundschaftliche Zustimmung kein sie verpflichtendes oder sonst ihre Rechte schmälerndes Rechtsgeschäft gültig vornehmen

[a] L. 1. §. 12. 13. D. de O. et A. 44. 7. §. 59. not. a. b. [b] pr. J. de auctoritate tutorum. 1. 21. L. 1. Cod. de auct. 5. 59. §. 59. not. e. [c] L. 189. D. de R. J. pr. §. 1. J. l. c. §. 2. J. quib. al. lic. 2. 8. L. 5. pr. §. 1. L. 9. pr. §. 1...3. D. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum. 26. 8. L. 1. 2. Cod. qui legit. pers. 3. 6. [d] L. 1. §. 1. L. 2. 3. L. 8. 9. §. 5. 6. L. 10. L. 14...17. D. h. t. 26. 8. §. 2. J. h. t. 1. 21. [e] L. 5. pr. L. 7. pr. §. 2. D. eod. §. 3. J. eod. cf. L. 3. §. 2. D. de tutel. 26. 1. [f] L. 4. 5. pr. L. 7. §. 1. D. h. t. 26. 8. cf. L. 49. D. de acquir. hered. 29. 2. [g] L. 5. Cod. de auctoritate praestanda. 5. 59. [h] L. 101. 141. §. 2. D. de V. O. 45. 1. cf. §. 59. Anm. 3. [i] L. 2. Cod. qui legit. pers. 3. 6. L. 1. Cod. qui dare tut. 5. 34. [k] L. 28. Cod. de iure dot. 5. 12. [l] L. 8. D. de adopt. 1. 7. [m] L. 5. in f. Cod. de auct. praest. 5. 59. [n] L. 3. Cod. de in int. rest. min. 2. 22. cf. §. 59. Anm. 3. L. 26. Cod. de adm. 5. 37.

können. Es ist auch in dieser Beziehung der wesentliche Unterschied zwischen der tutela impuberum und cura minorum verwischt worden [1]). Nur darin unterscheiden sich noch die mündigen Minderjährigen von den unmündigen, daß jene, nicht diese, fähig sind, ein Testament zu errichten, eine Ehe einzugehen und einen Eid zu leisten [2].

Rechtsgeschäfte des Verschwenders sind, insofern sie sein Vermögen betreffen und nicht lediglich gewinnbringend sind, ebenfalls nur gültig, wenn sie der Vormund billigt [c]. Solche Personen dagegen, welche freiwillig unter Vormundschaft stehen und daher auch deren Aufhebung im Ganzen durch ihren Willen herbeiführen können, sind dadurch in ihrer Handlungsfähigkeit nicht beschränkt, und können demnach sowohl ohne als mit Zustimmung des Vormundes gültig verfügen.

Anm. [1] Es ist noch immer eine sehr streitige Frage: a) ob schon nach R. Minderjährige, die unter ständiger Curatel stehen, sich nicht verpflichten können? wie u. a. Puchta §. 51. Mühlenbruch §. 191. Sint. III. S. 187. gegen die jetzt herrschende Meinung (vgl. z. B. Savigny verm. Schriften II. S. 384 fg. Bang. §. 291.) behaupten (§. 59. Anm. 3.); b) ob nicht wenigstens nach heutigem Rechte von Verpflichtungen der Minderjährigen, wenigstens soweit sie Einfluß auf ihr Vermögen haben, dasselbe gelte, wie von denen der Unmündigen? wie z. B. Savigny a. a. O. S. 392. fg. gegen Bang. §. 291. u. a. annimmt. In der Praxis aber, die sich nicht darin finden konnte, daß derselbe Minderjährige zwar ein altes Kleid nicht gültig verkaufen, wohl aber Schulden in Masse contrahiren könne, war von jeher bezüglich beider Fragen die bejahende Meinung vorherrschend, und die ganze Entwickelung der deutschen Altersvormundschaften begründet wenigstens die Bejahung der zweiten Frage, womit auch die Particularrechte übereinstimmen. Kraut, Vormundschaftsrecht II. S. 97. fg. Dollmann in d. Bl. für Rtsanwendung XIV. S. 97. fg. Seuffert. §. 257. 492.

[2] Wenn behauptet wird, daß auch die Eingehung einer Ehe und (processorische) Eidesleistung ohne Zustimmung des Vormundes nicht gültig sey (Kraut S. 110, Dollmann S. 102), so stimmt dies mit den Grundsätzen des canonischen Rechts, das selbst den Mangel der väterlichen Einwilligung nicht als trennendes Ehehinderniß gelten läßt, entschieden nicht überein; es kann darnach nur zugegeben werden, daß der Minderjährige ohne vormundschaftliche Zustimmung nicht zur Trauung oder Eidesleistung zuzulassen sey. Vgl §. 240. Richter Kirchenrecht §. 254. 275. Permaneder's Kirchenrecht §. 607. 636. 637. 63[illegible]

[c] L. 6. D. de V. O. 45. 1. cf. §. 59. not. p.

C. Verwaltung der Vormünder [a].

§. 453.

1) Im Allgemeinen.

Als Verwalter des Mündelvermögens hat der Vormund im Allgemeinen das Recht wie die Pflicht, überall die Rechte und den Vortheil des Mündels zu wahren, als ob es seine eigene Angelegenheit wäre [b]. Er haftet regelmäßig für Anwendung gleicher Sorgfalt, wie sie in eigenen Angelegenheiten ihm gewöhnlich ist [c], für jedes Verschulden aber, ohne diese Beschränkung, wenn er zur Verwaltung sich zugedrängt hat [d]. Die erforderlichen Handlungen mag er als Vertreter des Mündels allein vornehmen, oder diesen selbst dabei zuziehen [e]; immer ist er verantwortlich dafür, daß nichts verabsäumt werde, was die Wahrung der Interessen des Mündels erheischt [f].

§. 454.

2) Erhaltung des Vermögens.

Vor allem liegt dem Vormund ob, für die Erhaltung des gegenwärtigen Vermögens des Mündels Sorge zu tragen. Zu diesem Zweck hat er z. B. das Nöthige zur Unterhaltung der Sachen anzuordnen [a], kostspielige oder dem Verderben ausgesetzte Sachen zu veräußern [b], drückende Schulden nach Möglichkeit bald zu bezahlen [c], schlechtstehende Forderungen beizutreiben [d]. Doch darf unter Umständen das Vermögen auch in seinem Capitalbestande angegriffen und verringert werden, um nothwendige Ausgaben, insbesondere für Unterhalt und Erziehung des Mündels, zu bestreiten [e].

§. 455.

3) Vermehrung des Vermögens.

Der Vormund, obwohl nicht verflichtet, eine besondere Erwerbthätigkeit für den Mündel zu entwickeln, deren Gefahr er auch zu

[a] Dig. de administratione et periculo tutorum vel curatorum qui gesserint vel non et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus. 26. 7. Cod. de administratione tutorum vel curatorum et pecunia pupillari foeneranda vel deponenda. 5. 37. de periculo tutorum et curatorum. 5. 38. si tutor vel curator non gesserit. 5. 55. [b] L. 27. D. h. t. 26. 7. cf. L. 157. pr. D. de R. J. [c] L. 1. pr. D. de tut. act. 27. 3. L. 32. §. 6. L. 33. pr. D. h. t. 26. 7. nov. 72. cap. 8. cf. L. 7. Cod. arb. tut. 5. 51. §. 250. not. h. [d] L. 53. §. 3. D. de furt. 47. 2. [e] L. 1. §. 2...4. D. h. t. 26. 7. [f] L. 10. D. eod. L. 11. 17. D. de auct. tut. 26. 8.

[a] L. 22. §. 3. 4. Cod. h. t. 5. 37. [b] L. 7. §. 1. D. h. t. 26. 7. cf. L. 5. §. 9. eod. [c] L. 9. §. 5. eod. [d] L. 15. eod. cf. L. 35. 44. pr. 50. eod. [e] L. 3. §. 6. D. ubi pup. educ. 27. 2.

tragen hätte [a], muß doch auch auf Vermehrung des Vermögens bedacht seyn, soweit es eine gewöhnliche zweckmäßige Verwaltung mit sich bringt, wohin z. B. die Fortbetreibung eines Gewerbes, nöthigenfalls durch Geschäftsführer, gehören kann. Insbesondere soll er unverzinsliche Forderungen einziehen und verfügbares Geld des Mündels entweder [1] zum Ankauf von Grundstücken verwenden oder verzinslich aber sicher anlegen [c], wozu ihm ein sog. laxamentum temporis von 6 Monaten nach Antritt der Vormundschaft, von 2 Monaten bezüglich der später eingehenden Gelder, gewährt ist [2]. Nach Verlauf dieser Frist muß der Vormund landesübliche Zinsen vergüten, wenn er nicht die Unmöglichkeit sicherer Anlage des Geldes darthut [d], die höchsten Zinsen aber, sobald er Mündelgeld in eigenen Nutzen verwendet hat [e]. Auch gilt der Vormund als säumig, sobald er eigenes Geld vortheilhaft angelegt hat, das des Mündels nicht [f]. Natürlich darf der Vormund auch einen dargebotenen neuen Vermögenserwerb durch Schenkung, Vermächtniß oder Erbschaft dem Mündel nicht durch seine Nachlässigkeit entgehen lassen [g], ist aber andererseits auch verantwortlich für den Nachtheil, den unvorsichtige Annahme einer bedenklichen Erbschaft nach sich zieht [h].

Anm. [1] Das R. R. weiset den Vormund zunächst zum Ankauf von Grundstücken, und erst, wenn diese nicht thunlich ist, zu verzinslicher Anlage des Geldes an. „Dies ist aber (nach Puchta §. 349. not. e.) lediglich als eine wirthschaftliche, nicht als eine rechtliche Vorschrift zu betrachten; sie gilt nur, wenn die Umstände sie wirthschaftlich rechtfertigen."

[2] Nach Justinian's Vorschrift (in nov. 72. cap. 6...8.) soll der Vormund zu verzinslicher Anlegung des Geldes nur dann verpflichtet seyn, wenn die jetzigen Einkünfte zur Bestreitung der nothwendigen Ausgaben nicht ausreichen. In der heutigen Praxis wird darauf keine Rücksicht genommen.

4) Veräußerungen.

§. 456.

Die Verwaltung begreift auch die Befugniß zu Veräußerungen in sich [a]. Aber aus dem Mündelvermögen Schenkungen zu machen

[a] L. 47. §. 6. cf. L. 58. pr. D. h. t. 26. 7. [b] L. 3. §. 2. L. 5. pr. L. 7. §. 1 D. h. t. 26. 7. L. 24. Cod. h. t. 5. 37. [c] L. 7. §. 3. L. 24. cit. [d] L. 7. §. 11 L. 15. D. eod. [e] L. 7. §. 10. 12. eod. L. 1. Cod. de usuris pupillaribus. 5. 5 [f] L. 13. §. 1. D. h. t. 26. 7. L. 3. Cod. l. c. [g] L. 24. 26. Cod. h. t. 5. 37. L. 3 §. 3. D. h. t. L. 3. §. 17. D. de susp. tut. 26. 10. L. 67. §. 6. D. de ritu nupt. 23. 2 [h] L. 11. D. de bon. poss. 37. 1.

[a] L. 12. §. 1. D. h. t. 26. 7. L. 10. §. 1. L. 11. 12. D. de cur. fur. 27. 10. cf. G. II. 64. [b] L. 16. Cod. h. t. 5. 37. L. 22. D. h. t. 26. 7.

oder sonst Freigebigkeit zu üben [c], dazu ist der Vormund nicht befugt, ausgenommen solche Gaben, welche der Anstand erfordert und der Mündel dereinst nicht ohne Unanständigkeit bestreiten könnte [d]. An sich selbst kann der Vormund nichts veräußern [e]; aber er soll auch, wie jeder Verwalter fremder Güter, und zwar nach römischem Recht bei Strafe des vierfachen Ersatzes, nicht auf Schleichwegen oder listiger Weise, z. B. durch untergeschobene Personen, Güter des Mündels an sich bringen [f].

§. 457.

Die vormundschaftliche Veräußerungsbefugniß ist jedoch sehr beschränkt durch eine besondere gesetzliche Vorschrift, wornach die Veräußerung einer Sache oder eines Rechts des Mündels in den meisten Fällen nicht anders stattfinden soll, als aus Anlaß eines dringenden Bedürfnisses und vermöge eines auf Grund vorgängiger Untersuchung dieses anerkennenden und deshalb die Veräußerung billigenden obervormundschaftlichen Decrets [a]. Diese Vorschrift wurde zuerst durch eine Oratio des Severus in Beziehung auf Grundstücke (genauer praedia rustica und suburbana) der Pupillen aufgestellt [i]. Sie wurde aber nicht nur durch die Interpretation auf andere Vormundschaften [b] und auf dingliche Rechte an solchen Grundstücken [c], sondern durch spätere Gesetze auch auf alle erheblichen Vermögensgegenstände ausgedehnt [d], und sollen selbst Zahlungen der Schuldner nicht ohne obervormundschaftliches Decret zugelassen werden [e]. Nur geringfügige, unbrauchbare oder zur Aufbewahrung nicht geeignete Sachen [f], Früchte [g], und die Einnahme jährlicher nicht über zwei Jahre rückständiger Einkünfte [h] sind von der Beschränkung ausgenommen.

Das Decret soll der Veräußerung vorausgehen [i], und der Grund, warum sie gebilligt wird [2]), angegeben seyn [k]; auch ist es

[c] L. 17. D. de cur. fur. 27. 10. cf. L. 12. cod. [d] L. 12. §. 3. L. 13. §. 2. D. h. t. 26. 7. L. 1. §. 2. 4...6. D. de tut. act. 27. 3. [e] L. 5. §. 2. 5. L. 6. D. de auct. tut. 26. 8. L. 34. §. 7. D. de contrah. emt. 18. 1. [f] L. 46. D. l. c. L. 5. Cod. de contrah. emt. 4. 38. L. 5. §. 3. 4. 6. D. de auct. tut. 26. 8.

[a] Dig. de rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt sine decreto non alienandis vel supponendis. 27. 9. Cod. de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis. 5. 71. [b] L. 8. §. 1. L. 10. 11. D. h. t. 27. 9. [c] L. 3. §. 4. 5. cod. [d] L. 22. Cod. de adm. 5. 37. (Constantin. a. p. Chr. 326.). [e] L. 25. 27. Cod. eod. (Justinian.). cf. nov. 72. cap. 5...8. [f] L. 22. in f. Cod. eod. L. 4. Cod. quando decreto opus non est. 5. 72. [g] L. 28. §. 5. Cod. de adm. 5. 37. [h] L. 27. Cod. eod. [i] L. 1. §. 2. D. h. t. 27. 9. [k] L. 5. §. 14. cod.

unwirkſam, wenn es durch falſche Angaben erſchlichen worden [l]. Die Veräußerung, im weiteſten Sinn dieſes Wortes [m], gegen das Geſetz iſt nichtig [n]. Der Mündel, wenn er nicht vorzieht, den Vormund in Anſpruch zu nehmen [o], kann ſein Recht geltend machen, als wäre die Veräußerung nicht geſchehen [p], wobei dem Gegner der Beweis obliegt, daß ſie vermöge Decrets geſchehen ſey [q], der Kläger aber die Mangelhaftigkeit des Decrets, wenn er ſolche behauptet, zu beweiſen hat [r]. Der Beklagte hat jedoch eine Einrede, ſofern auf ſeine Koſten der Kläger ſich bereichern will [s], ja dann wenn die Veräußerung von demſelben eidlich beſtärkt [t], oder nach erreichter Volljährigkeit genehmigt oder auch nur binnen 5 Jahren von da an nicht angefochten worden iſt [u]. Uebrigens bezieht ſich die ganze Vorſchrift nur auf freiwillige Veräußerungen [v], und iſt daher dem Vormunde auch geſtattet, nöthigenfalls eine Proceßcaution mit Sachen des Mündels zu ſtellen [w]. Auch wird das obervormundſchaftliche Decret erſetzt durch (nicht erſchlichene) Erlaubniß der Regenten [x], ſowie durch letztwillige Anordnung des Vaters oder auch eines andern Teſtators, von welchem die Sache dem Mündel zugekommen iſt [y], und geſtattet iſt noch insbeſondere, an der Sache, die mit dem Gelde eines andern Mündels angeſchafft iſt, zu deſſen Gunſten für dieſe Schuld ein Pfandrecht ohne Decret zu beſtellen [z].

Anm. [l] L. 1. D. h. t. 27. 9. Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere. §. 1. Quae oratio in senatu recitata est, Tertyllo et Clemente consulibus, idibus Juniis. §. 2. Et sunt verba eius huiusmodi: *Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi, ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. Quodsi forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possint alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari, obreptum esse praetori. Si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori*

[l] L. 5. §. 15. eod. L. 5. Cod. h. t. 5. 71. [m] L. 1. §. 4. L. 3. §. 5. L. 5. §. 1. 3. 8. L. 7. pr. D. eod. L. 4. 17. Cod. h. t. 5. 71. [n] L. 7. §. 3. D. eod. [o] L. 10. D. eod. [p] L. 5. §. 15. eod. cf. Cod. si quis ignorans rem minoris esse sine decreto comparaverit. 5. 73. [q] L. 13. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. [r] L. 1. §. 2. D. h. t. 27. 9. cf. L. 5. Cod. h. t. 5. 71. [s] L. 13. D. eod. L. 10. 14. 16. Cod. eod. §. 2. I. quib. alien. lic. 2. 8. cf. L. 7. §. 5. 6. D. l. c. [t] Auth. *sacram. pub.* (§. 2. I. [u] L. 2. 3. Cod. si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit. 5. 74. [v] L. 1. §. 2. L. 3. §. 1...3. L. 5. §. 4...6. L. 7. pr. §. 1. D. h. t. [w] L. 22. §. 3. Cod. de adm. 5. 37. [x] L. 2. Cod. quando decreto opus non est. 5. 72. [y] L. 1. §. 2. L. ult. D. h. t. L. 4. 3. Cod. l. c. [z] L. 3. pr. D. h. t. 27. 9.

agrum a parente pupilli acceperit, ius exequitur, nihil novandum censeo. Vgl. darüber Bachofen, auserwählte Lehren S. 119...170.

[2] Nach der Oratio des Severus sollte die Veräußerung der praedia rustica und suburbana nur gestattet werden, wenn es zur Tilgung von Schulden nothwendig war. L. 1. §. 2. L. 5. §. 9. 10. 14. D. h. t. L. 12. Cod. h. t. 5 71. Nach der spätern Ausdehnung des Gesetzes ließ sich diese enge Schranke nicht wohl festhalten, und die Praxis läßt daher bei beweglichen Sachen auch Gründe der Nützlichkeit gelten. Die Cognition war in Rom speciell dem praetor urbanus (nicht dem pr. tutelaris) übertragen; in den Provinzen hatte sie der praeses provinciae. L. 12. 13. Cod. h t. 5. 71. Heutzutage steht sie dem competenten obervormundschaftlichen Gericht zu (§. 462.)

§. 458.

5) Verwaltung mehrerer Vormünder.

Eine Vormundschaft kann gleichzeitig Mehreren übertragen seyn, die alsdann Mitvormünder, contutores oder concuratores, heißen. Unter diesen kann einem oder mehreren die Verwaltung vorzugsweise übertragen seyn; diese sind tutores gerentes [a]; die übrigen heißen honorarii, und haben nur eine Pflicht der Aufsicht auf jene, wegen deren Vernachlässigung sie allerdings auch verantwortlich werden können [b]. Wem die Verwaltung vorzugsweise zu übertragen sey, hat die Obervormundschaft zu bestimmen, nach Vernehmung der Vormünder, mit Rücksicht auf letztwillige Anordnungen des Vaters, und vor allem mit Rücksicht auf den Vortheil und die Sicherstellung des Mündels [c].

Mehreren kann die Verwaltung ungetheilt übertragen seyn [d], so daß jeder vollständig die Verwaltung hat [e], mit vollständiger Haftung für dieselbe [f], aber auch mit dem Recht, den andern eine Verwaltungshandlung zu verbieten [g]. Die Verwaltung kann aber auch getheilt werden, tutela divisa, so daß jedem sein besonderer Verwaltungszweig angewiesen wird [h], sey es nach verschiedenartigen Geschäftszweigen (tutela divisa per partes) oder nach Verschiedenheit des Ortes (tutela divisa per regiones) [i]; alsdann ist

[a] L. 3. D. de adm. 26. 7. [b] L. 3. §. 2. D. l. c. cf. L. 14. §. 1. 6. D. de solut. 46. 3. L. 1. Cod. de peric. tut. 5. 38. [c] L. 3. §. 1. 3...8. D. de adm. 26. 7. §. 1. J. de satisd. tut. 1. 24. L. 17. 18. D. de test. tut. 26. 2. [d] L. 3. §. 8. D. de adm. 26. 7. [e] L. 24. § 1. eod. [f] L. 55. pr. §. 3. eod. cf. L. 3. Cod. de dividenda tutela. 5. 52. L. 1. §. 10...14. D. de tut. act. 27. 3. [g] L. 7. §. 3. D. de cur. fur. 27. 10. cf. L. 1. Cod. si ex pluribus tutoribus vel curatoribus omnes vel unus agere pro minore vel conveniri possunt. 5. 40. [h] Cod. de dividenda tutela et pro qua parte quisque tutorum conveniatur. 5. 52. [i] L. 3. §. 9. L. 4. 51. D. de adm. 26. 7. L. 2. Cod. si ex plur. 5. 40.

jeder einzelne nur bezüglich seines Verwaltungszweiges als tutor gerens verantwortlich, bezüglich der Verwaltungszweige der andern nur als tutor honorarius, vorausgesetzt, daß die Theilung nicht bloß durch Privatbestimmung der Vormünder geschehen ist [k], obwohl auch in diesem Falle zunächst der Handelnde selbst haftet [l].

Ein ganz verschiedener Fall ist es, wenn für denselben Mündel mehrere Vormundschaften angeordnet sind, z. B. wegen entfernter Güter [m], oder wenn ein besonderer Vormund für ein bestimmtes Geschäft bestellt wird, welches der ordentliche Vormund nicht vornehmen soll [n], oder wenn statt des letzten ein einstweiliger Vormund für die ganze Verwaltung bestellt ist [o]. Hier besteht keine Verbindung unter den verschiedenen Vormündern.

6) Klagen wegen vormundschaftlicher Verwaltung.

§. 459.

a) Zwischen Mündel und Vormund.

Aus der vormundschaftlichen Verwaltung ergeben sich zwei Hauptklagen: 1) die actio tutelae directa [a], welche nach Beendigung der Vormundschaft [b] dem Mündel und dessen Erben zustehet gegen den Vormund oder dessen Erben [c], gerichtet auf gehörige Rechnungslegung [d] über die ganze Verwaltung [d], auf Herausgabe dessen, was der Vormund noch vom Vermögen des Mündels in Händen hat [e], auf Ersatz wegen der Nachtheile und Beschädigungen, für welche der Vormund nach §. 453. zu haften hat [f]. Die Klage kann, sofern ein Punkt unerledigt geblieben, auch mehrmals angestellt werden. Wegen Arglist oder grober Nachlässigkeit des Vormunds [g] wird der Kläger zum Schätzungseide zugelassen [g]. Die Erben des Vormunds haften überhaupt nur wegen solchen Verschuldens ihres Erblassers, wenn nicht gegen diesen der Proceß

[k] L. 2. Cod. de div. tut. 5. 52. L. 19. 41. 51. D. de adm. 26. 7. L. 1. §. 15. D. de tut. act. 27. 3. [l] L. 3. Cod. l. c. [m] L. 21. §. 2. D. de excus. 27. 1. [n] §. 3. J. de auct. tut. 1. 21. L. 1. 3. Cod. de in lit. dando tut. 5. 44. nov. 72. cap. 2. §. 4. (Anm. 2.). [o] §. 1. J. de Atil. tut. 1. 20. §. 5. J. de curat. 1. 23.

[a] Dig. de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione 27. 3. Cod. arbitrium tutelae. 5. 51. [b] L. 4. pr. L. 9. §. 4. D. h. t. cf. L. 4. §. 1. L. 16. §. 1. cod. [c] L. 1 §. 16. 17. D. h. t. L. 12. Cod. h. t. [d] L. 1. §. 3. D. cod. L. 9. Cod. cod. [e] L. 5 D. cod. L. 1. §. 1. D. de fideiuss. tut. 27. 7. [f] L. 1. §. D. h. t. L. 2. 7. Cod. cod. [g] L. 7. pr. D. de adm. 26. 7. Cod. de in litem iur. 5. 53.

schon begonnen war [h]; aber auch wegen eigenen groben Verschuldens, sofern sie noch der Verwaltung sich unterzogen oder von ihrem Erblasser angefangene Geschäfte zu vollenden verabsäumt haben [i]. 2) die actio tutelae contraria [k], welche dem Vormund und dessen Erben gegen den Mündel und dessen Erben zusteht [l], auf Ersatz der zum Zwecke der vormundschaftlichen Verwaltung angemessener Weise gemachten Auslagen [m] und Befreiung von den dieserhalb eingegangenen Verbindlichkeiten [n], unter Umständen auch auf ein Salarium für seine Mühewaltung, als Entschädigung für den dadurch erlittenen Entgang an anderweitigem Verdienst [o].

Bei der Curatel finden diese Klagen als utiles actiones Anwendung [p].

Anm. [i] Auch eine Verfügung des Vaters kann nicht bewirken, ut tutores aneclogisti sint. L. 5. §. 7. D. de adm. 26. 7.

[2] Wenn der Vormund etwas von dem Vermögen des Mündels unterschlagen hat, so gibt ihm das R. R. noch eine besondere mit der tutelae actio bezüglich desselben Gegenstandes electiv concurrirende actio de rationibus distrahendis auf Ersatz des doppelten Werthes der unterschlagenen Sache, L. 1. §. 19...23. L. 2. D. de tut. act. 27. 3., deren heutige Anwendbarkeit aber sehr bestritten ist. Sint. III. §. 150. not. 1.

§. 460.

b) Klagen gegen Nebenpersonen.

Außer dem Vormund können wegen der gegen ihn begründeten Ansprüche belangt werden 1) die Bürgen des Vormundes [a], und gleich diesen 2) diejenigen, welche vor Gericht bei desfallsiger Untersuchung die Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit des Vormundes bezeugt haben, affirmatores [b]; nach diesen 3) diejenigen, welche den Vormund vorgeschlagen haben, sey es vermöge der Petitionspflicht (§. 446.), als postulatores [c], oder vermöge einer Amtspflicht, als nominatores [d], jedoch die Mutter nur, wenn von ihr die

[h] L. 1. Cod. de heredibus tutorum vel curatorum. 5. 51. L. 4. D. de mag. conv. 27. 8. L. 39. §. 6. D. de adm. 26. 7. [i] L. 1. pr. L. 4. pr. §. 1. 2. L. 8. D. de fideiuss. tut. 27. 7. cf. L. 13. 14. D. h. t. 27. 3. [k] Dig. de contraria tutelae et utili actione. 27. 4. Cod. de contrario iudicio tutelae. 5. 58. [l] L. 3. §. 9. L. 5. D. h. t. 27. 4. [m] L. 1. §. 4...6. L. 3. D. eod. L. 3. Cod. eod. [n] L. 6. D. eod. [o] L. 33. §. 3. D. de adm. 26. 7. [p] Cf. not. a. g. L. 3. 4. §. 3. D. de tut. act. 27. 3.

[a] L. 3. 5...7. D. de fideiussoribus et nominatoribus et heredibus tutorum vel curatorum. 27. 7. L. 9...12. D. rem pup. salv. 46. 6. [b] L. 4. §. 3. D. de fideiuss. tut. 27. 7. [c] L. 2. D. l. c. cf. L. 2. §. 5. D. qui pet. [d] L. 4. 5. Cod. de mag. conv. 5. 75. cf. L. 1. §. 5. 10. D. eod. 27. 8.

Haftung besonders übernommen und demzufolge im Ernennungsdecret ihr auferlegt ist [c]; 4) der Vater, in dessen Gewalt der Vormund steht, nach den Regeln des §. 247. [f], in solidum aber, wenn er sich irgendwie in die Verwaltung des Sohnes eingemischt hat [g].

§. 461.

V. Von Protutoren.

Wer, ohne Vormund zu seyn, dieses wissend oder nicht, mit der vormundschaftlichen Verwaltung unterzieht, heißt insofern Protutor (auch falsus tutor). Er steht zum Mündel in einem gleichen obligatorischen Verhältniß, wie ein wahrer Vormund, und findet unter ihnen protutelae actio directa und contraria statt, analog der tutelae actio [a]. Aber der Protutor hat keine Verwaltungsbefugniß, wie ein wahrer Vormund, und ist insofern auch nicht in gleicher Weise, wie dieser, verantwortlich wegen Unterlassungen [b]. Natürlich kann der Nichtvormund auch nicht eine Handlung des Mündels durch seine Mitwirkung vollkräftig machen [c]. Dem dritten aber, der, im Irrthum über die Eigenschaft des angeblichen Vormundes, dadurch benachtheiligt worden ist, wird nöthigenfalls Restitution ertheilt [d], und gegen denjenigen, welcher wissentlich als Nichtvormund seine Auctoritas interponirt hat, eine Schadensklage gegeben [e].

Anm. Bezüglich der Auctoritas eines Nichtvormunds enthielt das Edict zwei Bestimmungen:

1) L. 1. §. 1. D. h. t. 27. 6. Verba autem edicti haec sunt: *quod eo auctore*, inquit, *qui tutor non fuerit.* L. 1. §. 8. eod. Ait praetor: *si id actor ignoraverit, dabo in integrum restitutionem.* Diese i. i. restitutio bezog sich vorzüglich, nach der Meinung Mancher ausschließlich, auf den Fall, wenn ein Kläger mit dem Mündel falso tutore auctore litem contestirt und dadurch seine Klage consumirt hatte, was nach Just. R. durch die Litiscontestation nicht mehr bewirkt wird (§. 113. Anm. 3.). Vgl. Keller über Litiscontestation und Urtheil. §. 68.

2) L. 7. pr. D. eod. Novissime praetor ait: *In eum, qui, cum tutor*

[a] L. 1. 3. Cod. si mater indemnitatem promiserit. 5. 46. [f] L. 1. Cod. quod cum eo. 4. 26. cf. L. 6. 11. D. de tut. act. 27. 3. [g] L. 7. D. de tutel. 26. 1. cf. L. 21. D. de adm. 26. 7.

[a] Dig. de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit. 27. 5. Cod. 5. 6. [b] L. 1. §. 9. D. l. c. L. 39. pr. §. 2. D. de adm. 26. 7. [c] Dig. quod falso tutore auctore negotium gestum esse dicetur. 27. 6. (§. 452.). [d] L. 1. §. 6. L. 2. D. l. c. [e] L. 7...9. 11. D. eod

non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, iudicium dabo, ut, quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur. Cf. L. 10. eod. Si falso tutore actum sit, et interea dies actionis exierit aut res usucapta sit, omnia incommoda perinde sustinere debet, ac si illo tempore vero tutore auctore egisset. Vgl. Rudorff Vormundschaft II. S. 295. fg.

§. 462.

VI. Von der Obervormundschaft.

Die Obervormundschaft steht regelmäßig dem ordentlichen Richter des Mündels zu, d. i. dem Gerichte des Wohnorts des Mündels oder dessen Vaters [a], unter Umständen, wo die Entfernung einer Gütermasse die Anordnung einer besondern Vormundschaft nöthig macht, dem des Ortes, wo diese belegen ist [b]. Der Obervormund aber hat 1) bei der Bestellung und Einsetzung des Vormundes mitzuwirken, dabei namentlich die Errichtung eines Vermögensverzeichnisses, Sicherheitsleistung und Ablegung des Vormundschaftseides zu besorgen und das Tutorium oder Curatorium auszustellen (§. 144...448.); 2) die Führung der Vormundschaft überhaupt zu überwachen, insbesondere bei Bestimmung des Aufenthalts und Unterhalts des Mündels mitzuwirken (§. 451.), Veräußerungen zu bewilligen (§. 457.), und nach Vorschrift der RPO. den Vormund zu jährlicher Rechnungslegung anzuhalten (§. 448.); 3) wegen Endigung der Vormundschaft nöthigenfalls einzuschreiten (§. 449. 450.), nach derselben die Schlußrechnung zu prüfen [c], und alsdann den Vormund seiner Haftung zu entledigen (zu dechargiren); er ist auch competent zur Entscheidung des darüber entstehenden Rechtstreites [d].

Wegen schuldvoller Vernachlässigung der ihm obliegenden Pflichten, deren Erfüllung von ihm zu beweisen ist [e], ist der Obervormund dem Mündel verantwortlich, und kann deshalb mit einer subsidiären tutelae actio belangt werden [f], sofern der Mündel von dem Vormunde selbst und den unmittelbar für diesen haftenden Personen Ersatz nicht erlangen kann [g]. Nach römischem Recht freilich findet diese Klage nur gegen niedere Behörden (magistratus

[a] L. un. Cod. ubi pet. tut. 5. 32. cf. L. 5. §. 12. D. de reb. cor. 27. 9. RPO. Tit. 32. §. 1. 2. [b] L. 27. pr. D. de tut. dat. 26. 5. [c] L. 1. Cod. ubi de ratociniis tam publicis quam privatis agi oportet. 3. 21. [d] L. 1. Cod. cit. L. 19. §. 1. D. de iud. 5. 1. [e] L. 1. §. 13. D. de magistratibus conveniendis. 27. 8. [f] L. 1. 9. D. l. c. Cod. de magistratibus conveniendis. 5. 75. [g] L. 1. 3. 5. Cod. l. c.

minores) statt [h], und nur dann, wenn dieſe ſchuldvoller Weiſe gar keinen oder einen untüchtigen Vormund beſtellt oder nicht pflichtmäßig für Sicherheitsleiſtung geſorgt haben [i], aus welchem letzten Grunde auch ein Mitvormund klagen kann [k]; nach heutigem Recht aber haftet jeder Obervormund für die Folgen jeder Verletzung ſeiner Pflichten. Iſt die obervormundſchaftliche Behörde ein Collegium, ſo haftet zunächſt das mit der fraglichen Angelegenheit beſonders beauftragte Mitglied, eventuell auch die übrigen; auch von mehreren, wenn ſie nicht eines Dolus ſchuldig ſind, jeder zunächſt nur für ſeinen Antheil, eventuell für's Ganze [l]. Die Erben haften auch hier nur wegen Dolus und grober Nachläſſigkeit des Erblaſſers [m].

[h] L. 1. §. 1. D. l. c. §. 1 J. de satisdat. 1. 24. [i] §. 2. J. l. c. L. 1. § 2. 3. 6...13. L. 8. D. l. c. L. 1. 5. 6. Cod. l. c. [k] L. 2. 3. D. eod. [l] L. 7. 8. D. eod. cf. §. 215. not. d. [m] L. 4. 6. D. eod. L. 2. Cod. eod.

Fünftes Buch.

Von der Erbschaft.

§. 463.

Wenn das Subject eines Vermögens durch den Tod wegfällt, so werden, durch den Willen des Verstorbenen oder durch Rechtsatz, andere Personen berufen, unmittelbar in die Gesammtheit der Vermögensverhältnisse desselben einzutreten. Diese Nachfolge heißt Erbfolge oder Erbschaft im eigentlichen und vorzüglichen Sinn, der Nachfolger Erbe, der Verstorbene sein Erblasser, das Recht des Erben Erbrecht im subjectiven Sinn; den Inbegriff der darauf bezüglichen Rechtsätze nennt man Erbrecht im objectiven Sinn. Der Erblasser kann aber auch andern Personen, nicht als Erben, Vermögensvortheile auf Kosten seiner Erbschaft zuwenden, d. h. ihnen Vermächtnisse hinterlassen, die, wenn sie auf das Vermögen als Gesammtheit gerichtet sind, mittelbar auch wieder ein der Erbfolge analoges Verhältniß begründen können (mittelbare oder indirecte Erbfolge). Diese Lehre von den Vermächtnissen muß sich der von der eigentlichen Erbfolge (Cap. I.), womit sie in engem Zusammenhange steht, anschließen (Cap. II.). Ein drittes Capitel aber wird noch insbesondere der sowohl die Vermächtnisse als die Erbfolge betreffenden Darstellung derjenigen Ansprüche gewidmet seyn, welche gewissen Personen selbst gegen den Willen des Erblassers zustehen, dem Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten, und zuletzt (Cap. IV.) soll dann noch von dem rechtlichen Schicksal erbloser Güter und einigen andern der Erbfolge analogen Fällen die Rede seyn.

Anm. Besondere Bearbeitungen des Erbrechts sind: Hartitzsch (nach Hasse), das Erbrecht nach röm. und heutigen Rechten. Leipzig 1827. Hunger, das Erbrecht. Erlangen 1835. Mayer, d. L. v. dem Erbrecht nach heut. R. R.

Thl. I. Berlin 1840. Vgl. noch Gans, das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung oder das röm. Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischer. 4 Bde, Berlin 1824...1836. Dalwigk, Versuch einer philosophisch-jurist. Darstellung des Erbrechts nach Anleitung des R. Rts, neuerer Gesetzg. und mehrern Landesstatuten. Wiesbaden 1820...1822. — In den Quellen kommt das Erbrecht vor a) im Institutionensystem unter den acquisitiones per universitatem lib. 2. tit. 10...25. lib. 3. tit. 1...9., b) in den Digesten lib. 28...38 cf. lib. 5. tit. 2...6. (vgl. zu lib. 28. 29. Glück's Erläuter. der Pand., fortgesetzt von Mühlenbruch und Fein, Bd. 34...45.), c) im Codex lib. 6. tit. 1...50. cf. lib. 3. tit. 28...31. d) Nov. 115. 118. 127.

Erstes Capitel.

Von der Erbfolge im eigentlichen Sinn.

I. Wesen und Voraussetzungen der Erbfolge.

A. Begriff und Umfang der Erbfolge.

§. 464.

Die Erbfolge besteht ihrem Wesen nach darin, daß Jemand in die Gesammtheit der vermögensrechtlichen Verhältnisse, Verbindlichkeiten wie Rechte, des Verstorbenen unmittelbar eintritt, also, so zu sagen, die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen juristisch in sich aufnimmt. Dieses Verhältniß, wo es nach Civilrecht begründet ist, heißt Hereditas[1]; derjenige, welcher in solcher Weise die Stelle des Verstorbenen einnimmt und diesen somit in Ansehung seiner Vermögensverhältnisse repräsentirt, heißt Herres[2]. Einzelne wirkliche Vermögensrechte und Verbindlichkeiten kommen dabei unmittelbar nicht in Betracht, so wenig wie das Vorhandenseyn eines wirklichen Vermögens in dem Sinne, wie es durch einen Ueberschuß des Gesammtwerthes der Vermögensrechte über die Schulden (der Activa über die Passiva) sich herausstellt[3]; aber alle einzelnen Vermögensverhältnisse des Verstorbenen sind nun durch die Erbfolge solche des Erben, in gleicher Weise und Wirkung, wie sie in der Person des ersten bestanden oder, wenn er noch lebte, bestehen würden[4], und zwar eben deswegen, weil er überhaupt in die Stelle des Erblassers als bisherigen Subjects des ganzen Vermögens eingetreten, nicht als ob ein Veräußerungsgeschäft den Uebergang

der Rechte vermittelt hätte [5]. Auf andere als vermögensrechtliche Verhältniſſe bezieht ſich die Erbfolge nicht [6]; aber auch auf dieſe nur inſofern, als ſie nicht ihrer beſondern Natur nach durch den Tod des Subjects erlöſchen [7]. Uebrigens iſt es mit dem Weſen der Erbfolge wohl vereinbar, daß jene Repräſentation des Verſtorbenen nicht Einem ungetheilt, ſondern Mehreren zuſammen, zu gleichen oder ungleichen Theilen, als Miterben (coheredes) zukomme [8].

Anm. [1] L. 24. D. de V. S. L. 62. D. de R. J. „Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuit", nämlich „ipsum ius successionis" nach L. 1. §. 1. D. de div. rer. 1. 8. Cf. L. 208. D. de V. S. „Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam et ius successionis, non singulas res demonstrat", oder nach L. 3. pr. D. de b. p. 37. 1. „universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui, suscipiturque eius rei commodum et incommodum." — Hereditas in ſog. objectiver Bedeutung: z. B. L. 2. pr. D. fam. erc. 10. 2. — Vgl. überhaupt Arndts Beitr. I. S. 16...18. und im Rtslex. IV. S. 1. fg.

[2] Vgl. Arndts, Art. heres im Rtslex. V. S. 238. fg.

[3] L. 50. pr. D. de hered. pet. 5. 3. Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet. L. 119. D. de V. S. Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem; iuris enim nomen est siuti bonorum possessio. Vgl. Huſchke im Rh. Muſ. VI. S. 272. fg.

[4] L. 59. D. de R. J. Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat. Die Formula bei erbſchaftlichen Klagen wurde direct auf den Namen des Erben abgefaßt: *„si paret, eius ex iure Quiritium eam rem esse"* oder *„ei dari oportere"*, und gegen ihn: *„eum dare oportere."* Gai. IV. 34. Vgl. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des R. Rts. I. S. 37. fg.

[5] Vgl. L. 1. §. 1. D. de fundo dotali. 23. 5. (§. 402.). L. 62. D. de aquir. dom. 41. 1. Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem, et res, cuius alienis commercium non habet; nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus eius efficitur. Cf. L. 9. D. de re milit. 49. 16. Milites prohibentur praedia comparare in his provinciis, in quibus militant .. §. 1. Milites, si heredes extiterint, possidere ibi praedia non prohibentur. Scheurl a. a. O. S. 39. fg. Windſcheid in d. krit. Ueberſchau I. S. 97. fg.

[6] L. 46. D. fam. erc. 10. 2.... „quia mortuo patre quaedam filios aequantur, etiam antequam fiant heredes, ut matrimonium, ut liberi, ut tutela. Igitur et dotem praecipere debet (sc. maritus sub conditione a patre heres institutus), qui onus matrimonii post mortem patris sustinuit". Cf. L. 5. 6. D. de religios. 11. 7. Cic. de legib. II. 19.

[7] L. 3. §. 3. D. quib. mod. usufr. am. 7. 4. Morte quoque amitti

usumfructum, non recipit dubitationem, cum ius fruendi morte extinguatur, sicuti si quid aliud (quod) personae cohaeret. Vgl. §. 57. not d. §. 104. §. 194. not e. §. 225. Anm. 2. § 227. Anm. 2. §. 294. 319. 385. not c. d. Mühlenbruch §. 610. 611.

* Die Theilung der Erbfolge ist nur nach sog. aliquoten Theilen (partes quotae, nicht nach sog. partes quantae) möglich. Jeder Theilerbe ist successor in universum ius, aber jeder nur pro parte. Daher ist der heutzutage übliche Ausdruck: „Einziger und Universalerbe" eigentlich unpassend.

§. 465.

Das Wesen der Erbfolge tritt charakteristisch insbesondere darin hervor, daß nach dem Tode des Erblassers, so lange ein bestimmter Erbe noch nicht eingetreten ist, einstweilen die Hereditas selbst als fingirte Person [a], die Person des Verstorbenen darstellend [b], betrachtet wird [c]. So bleiben nicht nur dessen Vermögensverhältnisse, um deren Uebergang auf den Erben zu vermitteln, in der Zwischenzeit bestehen; die Hereditas gilt als Eigenthümerin der Erbschaftssachen [d], die nur in dem Sinne, wie die Sachen einer Universitas, res nullius genannt werden [e]; es können ihr auch neue Rechte, Sachen und Forderungen, erst erworben werden [f], und andererseits Verbindlichkeiten für sie entstehen [g], wenn gleich ihr, nach dem Zwecke dieser Personification, nicht eine eben so umfassende Erwerbsfähigkeit, wie andern juristischen Personen, beigelegt wird [h]. Wenn alsdann der Erbe eintritt, so gehen durch die Erbschaft auf ihn die erbschaftlichen Rechtsverhältnisse über [i], und erscheint somit [k] bezüglich derselben der Erblasser, die Erbschaft, und der Erbe juristisch als eine und dieselbe Person [l].

[a] L. 22. D. de fideiuss. 46. 1. cf. §. 41. Anm. 3. [b] §. 2. J. de hered. qual. 2. 14. L. 31. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. L. 116. §. 3. D. de legat. I. L. 34. D. de acquir. dom. 41. 1. cf. L. 24. D. de novat. 46. 2. [c] L. 31. §. 1. cit. L. 61. D. de acq. dom. 41. 1. L. 1. §. 1. D. si is qui test. lib. 47. 4. L. 15. pr. D. de interrog. 11. 1. [d] L. 1. pr. D. de div. rer. 1. 8. cf. L. 13. §. 5. D. quod vi. 43. 24. L. 6. D. ut. hered. 47. 19. [e] Cf. α) L. 20. §. 3. L. 25. §. 20. L. 27. D. de hered. pet. 5. 3. β) L. 30. pr. D. quib. ex caus. mai. 4. 6. L. 31. §. 5. L. 40. D. de usucap. 41. 3. c. L. 44. §. 3. cod. (§. 161. Anm. 3). γ) L. 21. §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. L. 9. §. 3. D. de her. pet. 5. 3. L. 13. §. 2. L. 15. pr. 43. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 1. §. D. de iniur. 47. 10. cf. L. 68...70. D. de furt. 47. 2. L. 2. D. expil. hered. 47. 19. (§. 323. Anm. 4.). δ) L. 33. pr. §. 2. L. 61. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 44. §. D. de usucap. 41. 3. L. 16. D. de O. et A. 44. 7. L. 29. D. de captiv. 49. 15. pr. de stip. serv. 3. 17. L. 1. §. 29. D. depos. 16. 3. L. 11. §. 2. D. de accept. 45. 1. L. 31. §. 1. L. 52. D. de hered. instit. 28. 5. L. 116. §. 3. D. de legat. I. [f] L. 31. §. 6. L. 21. §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. L. 77. D. de V. O. 45. 1. [g] L. 61. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 26. D. de stip. serv. 45. 3. cf. L. 56. D. de usufr. [h] L. 13. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 1. §. 6. D. de iniur. 47. 10. L. 21. §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. cf. L. 73. §. 1. D. de V. O. 45. 1. [i] L. 22. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 16. 28. §. 4. L. 35. D. de stip. serv. 45. 3.

Anm. [1] Die juriſtiſche Perſönlichkeit der Hereditas als Repräſentantin des Erblaſſers iſt in den Quellen (not. a. b.) in den bezeichnendſten Ausdrücken anerkannt: L. 31. §. 1. cit. Creditum est, hereditatem dominam esse, defuncti aeum obtinere. L. 34. cit. Hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet. L. 116. §. 3. cit. Hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur. Eine Spur einer andern Anſicht, die auf den künftigen Erben hinblickt, ſcheint ſich in L. 24. cit. erhalten zu haben: „morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit *ad heredem, cuius* personam interim hereditas sustinet“; doch lieſt hier die Vulg. *„ad heredem illius* sc. *Titii*), *cuius* etc.“ Practiſch wichtig war jene Fiction vorzüglich wegen der Erwerbung durch Sklaven der Erbſchaft (not. e. δ.). Dies hat die Anſicht hervorgerufen, ſie ſey nur dafür aufgeſtellt und darum für das heutige Recht unbrauchbar. Savigny Syſt. II. §. 102. Aber vgl. dagegen die Stellen in not. α–γ. not. f. und Puchta in d. krit. Jahrb. IV. S. 712. fg. Arndts im Rtslex. IV. S. 2. fg. Ihering Abh. Nr 3. Scheurl Beitr. I. Nr. 1. Schirmer de tribus regulis iuris in hereditate iacente observatis earumque apud veteres usu commentatio. Vratislaviae 1852. Windſcheid in d. krit. Ueberſchau I. Nr. 8. In der Ausführung weichen zwar dieſe Schriftſteller mehrfach von einander ab; aber in der Hauptſache genau betrachtet nicht ſo ſehr in Anſehung des eigentlichen Kerns der Sache, als vielmehr nur in der Form der Anſchauung und des Ausdrucks.

[2] L. 22. D. de usucap. 41. 3. Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur. Basil. L. 3. cap. 21. *Κληρονόμος και κληρονομία ἐν πρόσωπον νομίζεται.* cf. Nov. 48. praef. „quum tamen legibus nostris una quodammodo persona videatur heredis et illius, qui hereditatem in eum transmittit.“ Ein Mißverſtändniß dieſer Perſoneneinheit aber iſt es, wenn man auch dasjenige, was den Erben nicht als ſolchen angeht, auf den Erblaſſer zurückbezieht. Arndts im Rtslex. IV. §. 22.

3. Unterſchied der civilrechtlichen und prätoriſchen Erbfolge.

§. 466.

Die Hereditas nach dem oben bezeichneten Charakter war die Erbfolge nach Civilrecht. Der Prätor aber wollte auch ſolchen Perſonen, die nach Civilrecht nicht Erben waren, den Zugang zur Erbfolge eröffnen. Er bewirkte dieſes dadurch, daß er ihnen auf ihr Geſuch bonorum possessionem ertheilte [a], gewöhnlich unter Anfacher Bezugnahme auf die betreffenden Beſtimmungen des Edicts [b], daher edictalis bonorum possessio [c], ausnahmweiſe durch ein

[a] Inst. de bonorum possessionibus. 3. 9. Dig. 37. 1. et sqq. cf. Ulp. tit. 28. Gai. III. §. 18. sqq. [b] L. 1. §. 10. D. de success. ed. 38. 9. [c] L. 30. §. 1. D. de acquir. her. 29. 2. L. 1. §. 4. D. si tab. test. 38. 6.

förmliches Decret nach vorgängiger Prüfung, decretalis b. p.[d]. Er gewährte einem solchen bonorum possessor, beziehungsweise gegen denselben, die einzelnen erbschaftlichen Klagen, dingliche wie persönliche, als utiles (fictitiae) actiones[e], und gab ihm ein eigenes interdictum adipiscendae possessionis, das interdictum quorum bonorum[f], um sich in den Besitz des Nachlasses zu setzen, später auch eine universalis actio, analog der civilrechtlichen hereditatis petitio, possessoria hereditatis petitio[g]. Der bonorum possessor war auf solche Weise, wenn gleich nicht heres im strengen Sinn, doch heredis loco[h]; sein Rechtsverhältniß desselben war eine wahre Erbfolge, hereditas honoraria[i], die aber in ihren Voraussetzungen und ihren Folgen vielfach von der civilrechtlichen abwich.

§. 467.

Das prätorische Edict stellte eine vollständige Erbfolgeordnung auf, worin auch den Civilerben an bestimmter Stelle die bonorum possessio angetragen war. Die Annahme derselben war für sie nicht Bedingung der Erbfolge, gewährte ihnen aber den Vortheil des interdictum quorum bonorum (daher utilis b. p.), während die übrigen nur durch b. p. zur Erbfolge gelangen konnten, diese also für sie necessaria war[a]. War nun einer bloß nach Civilrecht Erbe geworden, von einem andern b. p. erlangt, so mußte bald der heres zurückstehen, indem der Prätor auch gegen ihn den b. possessor durch wirksame Klagen und Einreden schützte; die b. p. war cum re, die hereditas sine re; bald der b. possessor, indem diesem der heres kraft seines Civilerbrechts die Erbschaft abstreiten konnte; die b. p. war sine re, die hereditas cum re: bald beschränkten beide einander; die b. p., wie die hereditas, war pro parte cum re, pro parte sine re[b]. Es kam in dieser Beziehung vorzüglich darauf an, in welcher Rangordnung der eine und der andere zur b. p. berufen war; der Civilerbe konnte regelmäßig in dem Maße, in welchem er b. p. hätte erlangen können

[d] L. 3. §. 8. D. h. t. 37. 1. L. 1. §. 7. D. de succ. ed. 38. 9. L. 2. §. 1. 2. D. quis ordo. 38. 15. [e] Gai. IV. §. 34. Ulp. XXVIII. §. 12. [f] Gai. IV. 144. §. 3. J. de interd. 4. 15. Dig. quorum bonorum. 43. 2. [g] Dig. de possessoria hereditatis petitione. 5. 5. [h] §. 2. J. 3. t. 3. 9. Gai. III. 32. L. 3. pr. §. 1. 2. D. h. t. 37. 1. L. 13 pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. [i] L. 1. Cod. de sec. nupt. 5. 9.

[a] Gai. III. 34. Collat. leg. Mos. XVI. 3. §. 5. [b] Gai. III. 35...38. Ulp. XXVIII. 13. §. 9. in f. J. de her. ab int. 3. 1.

wenn er dieſe verſchmähte, doch ſein Civilerbrecht auch gegen andere b. possessores geltend machen c.

Anm. Ueber den Urſprung der b. p. und deren Verhältniß zum Civilerbrecht ſind die Anſichten ſehr verſchieden. In neueſter Zeit hat insbeſondere die Hypotheſe viel Anklang gefunden, die b. p. habe urſprünglich nur dazu gedient, den Beſitz der Erbſchaft für einen vorkommenden Erbſchaftſtreit zu ordnen, indem einſtweilen, bis zu deſſen Entſcheidung, demjenigen, welcher ſcheinbar das nächſte Civilerbrecht hatte, factiſch die Stellung des Erben gegeben wurde. Fabricius, hiſtor. Forſchungen, Heft I. Berlin 1837. Bang. §. 398. u. a. Wenn aber darin auch die Anfänge dieſes Inſtituts zu finden wären (vgl. dagegen Huſchke in krit. Jahrb. III. S. 1. fg.), ſo hat doch daſſelbe in ſeiner ſpätern Ausbildung einen weſentlich andern Charakter, den einer wahren und meiſtens definitiven Erbfolge angenommen, und war vorzugsweiſe für die Fälle, wo es an einem Civilerbrecht fehlte, praktiſch bedeutend. Vgl. Löhr im Mag. III. 8. IV. 20...23. Leiſt, die Bonorum Poſſeſſio, 2 Bde. Göttingen 1844...1848.

§. 468.

Der Gegenſatz zwiſchen civilrechtlicher und prätoriſcher Erbfolge wurde durch die ſpätere Rechtsentwickelung allmälig in der Art ausgeglichen, daß es praktiſch keinen weſentlichen Unterſchied machte, ob Jemand auf die eine oder die andere Weiſe zur Erbfolge gelangte. Durch Geſetzgebung und Praxis wurden beide Arten der Erbfolge immer mehr gleichgeſtellt, und, ſofern etwa noch Verſchiedenheiten zwiſchen ihnen übrig blieben, verloren doch die Eigenthümlichkeiten der prätoriſchen Erbfolge, zumal durch einige erbrechtliche Novellen Juſtinians, ihre praktiſche Wichtigkeit faſt gänzlich, weil nunmehr faſt in allen Fällen, wo ſonſt nur bonorum possessio ſtattgefunden, ein civilrechtliches Erbrecht gegeben iſt. So ſind im neueſten und heutigen Rechte nur einzelne Reſte des prätoriſchen Erbfolgeſyſtems übrig geblieben, und dieſe betreffen nur Theil nur eine proviſoriſche Regulirung des Erbſchaftsverhältniſſes.

Anm. Die Frage, ob und inwiefern im Juſtinianiſchen und im heutigen Recht bonorum possessio noch als eine eigenthümliche Art der Erbfolge vorkomme, iſt ſtreitig; ſie wird in Beziehung auf die einzelnen fraglichen Punkte im Folgenden in Betracht kommen. Vgl. im Allgemeinen Leiſt a. a. O. II. 2. S. 221. 349. fg.

c L. 10. D. de collat. 37. 6. L. 15. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 2. D. de except. rei d. 44. 2. cf. Gai. II. 119...122. 148. 149. Ulp. XXIII. 6.

C. Voraussetzungen der Erbfolge.

§. 469.

1) Tod einer vermögensfähigen Person.

Die erste Voraussetzung der Erbfolge ist ein Todesfall (viventis non datur hereditas); sey es, daß dieser geradezu erwiesen oder nur in Folge der Todeserklärung (§. 26.) vermuthet wird. Nicht wesentlich ist, daß der Verstorbene Vermögen (im activen Sinn) hinterlassen habe (§. 464.); wesentlich aber ist, daß er fähig gewesen, eigenes Vermögen zu haben. Daher konnte nach älterem Recht der Filiusfamilias keinen Erben haben; im neuern Recht ist davon nur übrig geblieben, daß er, ausgenommen bezüglich des peculium castrense oder quasi castrense, nicht testamentarisch beerbt werden kann (§. 431...434.). Nach römischem Recht konnten auch Sklaven [a] und Nichtbürger [b] nicht beerbt werden; die letzten nur etwa nach peregrinischem Recht [c]; daher auch diejenigen nicht, welche eine capitis deminutio magna erlitten hatten, capite damnati [d]. Nach heutigem gemeinem Recht kommen diese Beschränkungen nicht mehr vor [e]. Nach canonischem Recht können Ordensleute keine Erben haben [f].

2) Erbberechtigung einer bestimmten Person. Delation.

§. 470.

a) Art der Berufung.

Nach römischem Recht kann zur Beerbung eines Verstorbenen Jemand nur berufen seyn entweder durch Testament, d. i. eine letztwillige Verfügung (§. 63.), welche ihn zum Erben ernennt, oder unmittelbar durch Rechtsatz; die Erbfolge ist entweder testamentarische oder gesetzliche Erbfolge. Die letzte wird erst eröffnet, wenn entschieden ist, daß die erste nicht eintrete, also der Erblasser, wenigstens dem Erfolge nach, als intestatus decedit, und heißt daher auch Intestaterbfolge [1]. Beide Arten der Erbfolge schließen der Regel nach einander aus; derselbe Erblasser kann nicht bloß für einen

[a] L. 4. Cod. comm. de succ. 6. 59. [b] L. 7. §. 5. D. de bon. damnat. 48. 20. cf. L. 31. D. de iure fisci. 49. 14. [c] Ulp. XX. 14. cf. L. 17. §. 1. D. de poen. 48. 19. [d] L. 7. §. 5. L. 17. §. 1. cit. L. 3. D. de interd. et releg. 48. 22. — L. 8. §. 4. D. qui test. fac. 28. 1. L. 6. §. 6. D. de iniusto. 28. 3. cf. §. 5. J. quib. n. e. permiss. 2. 11. L. 22. pr. §. 1...3. D. de captiv. 49. 15. [e] cf. Auth. Frid. II. *Omnes peregrini* C. L. 10. Cod. comm. de succ. 6. 59. cf. §. 28. [f] cap. 2. X. de testam. 3. 26. Oest. Gesetzb. §. 573. Preuß. Lbrt. II. 11. §. 1199. fg.

Theil ſeines Vermögens teſtamentariſche Erbfolge, für einen andern Theil Inteſtaterbfolge eintreten laſſen [2].

Nach heutigem Recht kann der Erbe auch durch Vertrag beſtimmt ſeyn [3].

Anm. [1] L. 39. D. de adquir. hered. 29. 2. Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. cf. L. 8. Cod. comm. de succ. 6. 59. pr. J. de hered. ab int. 3. 1. L. 1. D. de suis. 38. 16. — Die civilrechtliche Erbfolge, quae ab intestato defertur, heißt legitima hereditas, im Gegenſatz der testamentaria. L. 130. D. de V. S. cf. rubr. J. de hered. ab int. 3. 1. de legit. agn. succ. 3. 2. Das prätoriſche Recht ſtellte freilich drei Claſſen der bon. poss. auf: contra tabulas, secundum tabulas und intestati b. p. Ulp. XXVIII. 1. Inst. 3. 9. Aber die erſte gründete ſich eben auch unmittelbar auf einen (prätoriſchen) Rechtſatz, und war nur eine modificirte Inteſtaterbfolge. L. 17. Cod. de collat. 6. 20.

[2] Cic. de invent. II. 21. Unius pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento alius lege heres esset. L. 7. D. de R. J. Jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus. cf. §. 5. J. de hered. instit. 2. 14. Neque enim idem ex parte testatus ex parte intestatus decedere potest. Jedoch a) L. 6. D. de test. mil. 29. 1. Miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus. b) L. 15. §. 2. D. de inoff. test. 5. 2. Filius, qui (de) inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est.... credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum, et ideo pars hereditatis in testamento remansit. Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri. Vgl. Huſchke im Rh. Muſ. VI. 8.

[3] Nach R. R. iſt ſchlechthin ungültig nicht nur a) der Vertrag, wodurch geradezu ein Erbe beſtimmt wird, L. 5. Cod. de pact. conv. 5. 14. L. 15. 19. Cod. de pact. 2. 3. (die letzte Stelle enthält nur ſcheinbar eine Ausnahme); ſondern auch b) ein Vertrag, der nur eine Beſchränkung der Freiheit teſtamentariſcher Verfügung bezweckt, L. 61. D. de V. O. 45. 1. L. 4. Cod. de inutil. stip. 8. 39. L. 52. §. 9. D. pro soc. 17. 2. cf. L. 2. §. 2. D. de vulg. subst. 28. 6.; ſowie c) der Verzicht auf ein künftiges Erbrecht, L. 16. D. de suis. 38. 16. L. 3. Cod. de collat. 6. 20. Ueber die ganz abweichende deutſchrechtliche Theorie von den Erbverträgen vgl. Haſſe im Rh. Muſ. II. S. 150. fg. Beſeler, d. L. v. d. Erbverträgen, Thl. I. Göttingen 1835. Thl. II. Bd. 1. daſ. 1837. Bd. 2. 1840. Buddeus im Rtslex. IV. S. 27...48. — Ein Vertrag über die Erbſchaft eines Dritten iſt nach R. R. dann ungültig, wenn er die Erbſchaft einer beſtimmten noch lebenden Perſon zum Gegenſtand hat, und dieſe nicht ſelbſt denſelben billigt. L. 30. Cod. de pact. 2. 3. cf. L. 29. §. 2. D. de donat. 39. 5. Ueber die Frage, ob auch dieſe Beſtimmung heutzutage nicht mehr gelte? vgl. Haſſe a. a. O. S. 218. fg. Beſeler II. 2. S. 328. fg.

§. 471.

b) Erbfähigkeit.

Die Berufung einer Person zur Erbfolge ist bedingt durch deren Erbfähigkeit. Eine allgemeine Voraussetzung dabei ist die, daß jene schon zur Zeit des Todes des Erblassers, wenigstens als Nasciturus, existirte [1]. Außerdem enthält das römische Recht eine Reihe von Gründen gänzlicher oder theilweiser Erbunfähigkeit, die aber heutzutage nicht mehr gelten [2]. Juristische Personen sind erbfähig, sofern ihnen durch Rechtsatz oder besondere Verleihung Erbfähigkeit beigelegt ist. Das erste ist der Fall beim Staat, bei Gemeinden, Kirchen und milden Stiftungen [3].

Anm. [1] Vgl. a) L. 6. in f. D. de suis. 38. 16. Lex. XII. tabb. eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit. L. 7. eod. Vel vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur. cf. §. 8. J. de her. ab int. 3. 1. L. 1. §. 8. D. unde cogn. 38. 8. L. 6. pr. D. de iniust. 28. 3. b) L. 3. D. de b. p. s. t. 37. 11. Verum est omnem postumum qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse. cf. pr. J. de bon. poss. 3. 9. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Pand. Bd. 39. S. 406. fg. Büchel Erörtr. II. 2. S. 2. fg. Arndts im Rtslex. III. S. 913. V. S. 680.

[2] Erbunfähig sind nach R. R.: a) Sklaven und Nichtbürger, daher auch b) capite damnati, L. 1. Cod. de hered. inst. 6. 24. L. 13. D. de b. p. 37. 1. L. 3. pr. D. de his quae pro non script. hab. 34. 8. vgl. §. 469. c) Kinder von Hochverräthern, nur mit der Ausnahme, daß Töchter aus der mütterlichen Erbschaft den Pflichttheil haben sollten, L. 5. Cod. ad. leg. Jul. maiest. 9. 8. d) Apostaten und Häretiker, L. 3. Cod. de apostat. 1. 7. L. 4. 5. Cod. de haeret. 1. 5. cf. Auth. *credentes* ibid. (§. 34.). e) die Wittwe, welche das Trauerjahr verletzt hat, relativ, vgl. §. 418. Eine relative Erbunfähigkeit wird außerdem von Vielen angenommen *α*) bei denjenigen, welche die Erbittung von Vormündern versäumt haben (§. 448.), *β*) bei Geschwistern, wegen gewisser grober Vergehen gegen den Erblasser nach nov. 22. cap. 47. pr. *γ*) in Folge einer blutschänderischen Verbindung bei den betheiligten Personen nach L. 4. 6. Cod. de incest. nupt. 5. 5. cf. nov. 12. cap. 1...3. Andere erkennen darin nur Fälle der Erbunwürdigkeit, welche die Entreißung der Erbschaft nach sich zieht; der letzte Fall ist aber zudem streitig. Vgl. Bang. §. 404. Puchta §. 448.

[3] So ist in L. 12. Cod. de hered. instit. 6. 24. L. 1. Cod. de ss. eccles. 1. 2. L. 46. (lex restituta) L. 49. Cod. de episcop. 1. 3. anerkannt. Dagegen enthält L. 8. Cod. de hered. instit. die Regel: Collegium, si non speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est. „Jedoch ist die Ansicht, daß die Erbfähigkeit zu den regelmäßigen Attributen einer anerkannten Corporation gehöre, in der gemeinrechtlichen Doctrin

und Praxis von jeher ſo vorherrſchend geweſen, daß man darnach in der Anerkennung einer ſolchen von Seiten der Staatsgewalt im Zweifel auch eine Ertheilung der Erbfähigkeit anzunehmen berechtigt iſt." Arndts im Rtslex. III. S. 914. Der hereditas iacens iſt Erbfähigkeit niemals beigelegt worden; eine Erbeinſetzung derſelben kann aber wohl als Einſetzung des künftigen Erben aufgefaßt gültig ſeyn. Arndts im Rtslex. IV. S. 5. not. 28.

§. 472.

3) Antritt der Erbfolge. Acquiſition.

Die Berufung zur Erbfolge, d. i. die Delation der Erbſchaft, gibt zunächſt nur die Möglichkeit, Erbe zu werden. Damit die Erbfolge wirklich eintrete, bedarf es regelmäßig noch einer Willenshandlung des Berufenen (Delaten), wodurch er die Erbſchaft annimmt (Acquiſition der Erbſchaft). Es verſteht ſich von ſelbſt, daß auch in dieſem Zeitpunkte noch Erbfähigkeit desſelben erfordert wird; dieſe muß vom Zeitpunkt der Delation bis zu dem der Acquiſition ununterbrochen vorhanden ſeyn. Gewiſſe Perſonen jedoch werden von ſelbſt Erben, ſobald ſie zur Erbfolge berufen ſind, ſo daß bei ihnen Delation und Acquiſition der Erbſchaft in einem Moment zuſammenfällt.

Anm. L. 151. D. de V. S. Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi. cf. pr....§. 3. J. de hered. qual. 2. 19. Dig. de acquir. vel omitt. hereditate. 29. 2. „Berufung zur Erbfolge" iſt uns gleichbedeutend mit Delation der Erbſchaft oder des Erbrechts. Vgl. Sint. III. §. 159. Dieſer Sprachgebrauch iſt jedoch nicht allgemein anerkannt. Puchta §. 449. 450.

II. Von der Berufung zur Erbſchaft.

A. Von der geſetzlichen Erbfolge.

§. 473.

In Ermangelung eines Teſtaments werden zunächſt die Verwandten des Verſtorbenen in beſtimmter Rangordnung zur Erbfolge berufen, nach ihnen der überlebende Ehegatte. Hiernach beſtimmt ſich die ordentliche Inteſtaterbfolge. Gewiſſen Perſonen aber wird unabhängig von der regelmäßigen Erbfolgeordnung neben Andern, welche dieſer gemäß Erben werden, ein gewiſſer Theil der Erbſchaft angetragen. Man kann dieſe Fälle paſſend als außerordentliche Erbfolge bezeichnen. Demnach unterſcheiden wir 1) die ordentliche Erbfolge der Verwandten, 2) die ordentliche Erbfolge des überlebenden Ehegatten, 3) die Fälle der außerordentlichen Inteſtaterbfolge.

Anm. Vgl. überhaupt: Glück, hermeneutisch syst. Erörtr. d. L. von der Intestaterbfolge. Erlangen 1803. (2. Aufl. 1822.). Roßhirt Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestaterbrechts, besonders nach römischen Quellen. Landshut 1831. Arndts, Intestaterbfolge (römische) im Archiv. S. 668...700. (Ueber deutsche Intestaterbfolge s. Brackenhoeft ebendas. S. 700...798.).

1) Die ordentliche Erbfolge der Verwandten.

a) Berechtigung zur Verwandtenerbfolge.

§. 474.

a) Im Allgemeinen.

Das ältere Civilrecht gründete die gesetzliche Erbfolge auf die civilrechtliche Verwandtschaft oder Agnation[1]. Nachdem dieses Erbsystem theils durch die prätorische Intestaterbfolge[2], theils durch eine Reihe von Gesetzen, welche unabhängig von der Agnation ein civilrechtliches Erbrecht verliehen[3], durchkreuzt worden war, hat Justinian endlich durch die Nov. 118. eine neue einfache Ordnung der gesetzlichen Erbfolge aufgestellt, welche, unter Beseitigung jeden Vorzugs der Agnaten, nur auf die Verwandtschaft überhaupt (Cognation) gegründet ist und in gleicher Weise auf den Nachlaß der bis zu ihrem Tode noch der väterlichen Gewalt untergebenen wie der gewaltfreien Personen Anwendung findet[4]. Die Erbberechtigung erstreckt sich darnach, ohne Unterschied der Geschlechter, auf alle Grade der Verwandtschaft, soweit diese nur erweislich ist. Wie die Verwandtschaft selbst ein gegenseitiges Verhältniß ist, so ist nun auch die darauf allein gegründete Möglichkeit des Erbrechts regelmäßig eine gegenseitige.

Anm. [1] Nach altem Civilrecht waren, abgesehen von der Beerbung emancipirter Personen, legitimi heredes a) diejenigen Familienmitglieder, welche durch den Tod des Erblassers sui iuris geworden, sui heredes, b) die nächsten Agnaten, jedoch von weiblichen nur die Schwester, consanguinea, c) die Gentilen, die aber schon zur Zeit der spätern classischen Juristen nicht mehr vorkamen. Vgl. Gai. III. 1...17. Ulp. tit. 26. Pauli sentt. IV. 8. Collat. tit. 16. Inst. de hereditatibus, quae ab intestato deferuntur. 3. 1. Dig. de suis et legitimis. 38. 16.

[2] Die bonorum possessio intestati wurde deferirt a) ex edicto unde liberi den suis heredibus und den aus der väterlichen Gewalt gelösten nicht in fremder Familie befindlichen Kindern, namentlich den emancipirten, b) ex edicto unde legitimi den legitimis heredibus (Anm. 1.), c) ex edicto unde cognati allen Cognaten je nach der Nähe des Grades bis zum 6. Grade einschließlich

und noch einigen des 7. Grades, d) zuletzt ex edicto unde vir et uxor dem überlebenden Ehegatten. Beſondere Claſſen kamen zudem noch vor, wenn der Erblaſſer eine ex servitute oder mancipio manumittirte Perſon war. Vgl. Gai. III. 18...31. Ulp. tit. 28. Inst. de successione cognatorum. 3. 5., de bonor. poss. 3. 9. Dig. si tabulae testamenti nullae extabunt unde liberi. 38. 6. (cf. de coniungendis cum emancipato liberis eius. 37. 8.), unde legitimi. 38. 7., unde cognati. 38. 8., unde vir et uxor. 38. 11. Cod. unde liberi. 6. 14., unde legitimi et unde cognati. 6. 15., unde vir et uxor. 6. 18.

[3] Ein neues civiles Erbrecht erhielten a) als Verwandte in abſteigender Linie vor andern die Kinder gegen die Mutter durch das Sc. Orphitianum, ſodann durch Conſtitutionen, jedoch vorerſt unter Beſchränkungen, Enkel gegen die mütterlichen Großeltern und die väterliche Großmutter; b) unter den Verwandten in aufſteigender Linie die Mutter durch das Sc. Tertullianum, jedoch unter eigenthümlichen Beſchränkungen, die aber ſpäter zu ihrem Vortheil geändert wurden; c) unter den Seitenverwandten alle weiblichen Agnaten ohne Unterſchied des Grades, und die nicht agnatiſchen Geſchwiſter und deren Kinder, zuletzt mit einem Vorzug der vollbürtigen vor den halbbürtigen. Vgl. Theod. Cod. de legit. hereditat. 5. 1. Inst. de Sc. Orphitiano. 3. 4., de Sc. Tertulliano. 3. 3. Dig. ad. Sc. Tertullianum et Orphitianum. 38. 17. Cod. de suis et legitimis liberis et ex filia nepotibus ab intestato venientibus. 6. 55, ad Sc. Tertull. 6. 56., ad Sc. Orphit. 6. 57., de legitimis heredibus. 6. 58., communia de successionibus. 6. 59. §. 15. 16. J. de hered. ab int. 3. 1. §. 3. 4. 7. J. de legit. agnat. succ. 3. 2. §. 1. J. de succ. cognat. 3. 5. Nov. 18. cap. 4. nov. 84. — Ueberhaupt ſ. Bang. §. 405...410. Arndts im Rtslex. V. S. 669...678.

[4] Die Novelle 118. (im Authenticum 113.), erlaſſen im Jahr 543. n. Chr., ſagt in der praef. „Plurimas et diversas leges veteribus temporibus prolatas invenientes, per quas non iuste differentia ab intestato successionis inter cognatos ex masculis et feminis introducta est, necessarium esse perspeximus omnes simul ab intestato cognationum successiones per praesentem legem clara compendiosaque divisione disponere; itaque prioribus legibus pro hac causa positis de cetero ea sola servari, quae nunc constituimus"; ſodann in cap. 4. „Nullam vero volumus esse differentiam in quacunque successione aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocantur, masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi seu per feminae personam defuncto iungebantur, sed in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus, sive per femineam personam, sive per emancipationem, sive per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur, et omnes sine qualibet huiusmodi differentia secundum proprium cognationis gradum ad cognatorum successionem ab intestato venire praecipimus." cf. cap. 1. 2. in f. „sive suae potestatis seu sub potestate fuerit, cui succedunt." — Die Novelle iſt aber ein allgemeines Geſetz, das weſentlich nur eine neue Feſtſtellung der Erbfolgeordnung bezweckt, und

die fortdauernde Geltung besonderer Bestimmungen des vorherigen Rechts nicht schlechthin ausschließt (§. 10.).

§. 475.

β) Vermöge der Adoptivverwandtschaft.

Die Adoption begründet 1) wenn sie Arrogatio oder vollkommene Adoptio i. e. S. ist, nach römischem Recht ein vollkommenes gegenseitiges Verwandtenerbrecht zwischen dem Adoptirten und dessen agnatischen Descendenten einerseits und dem Adoptivvater und dessen Agnaten andererseits [a], so lange das Adoptivverhältniß besteht [b]; zugleich aber bleibt das cognatische Erbrecht zwischen dem Adoptirten und seinen natürlichen Verwandten, auch zwischen jenem und dessen natürlichem Vater, bestehen [c]. 2) Die unvollkommene Adoption erzeugt nur ein durchaus exceptionelles Kindeserbrecht des Adoptirten gegen den Adoptirenden [d]. 3) Die Adoption durch eine Frau hat ein gegenseitiges Erbrecht zwischen dieser als Adoptivmutter und dem Adoptivkinde zur Folge, das sich dann auch auf die Nachkommen des letzten, nicht aber auf andere Verwandte der einen und des andern erstreckt [e].

Anm. Daß der plene adoptatus auch gegen den natürlichen Vater noch ein Kindeserbrecht behalte und umgekehrt, ist in neuerer Zeit bestritten von Löhr im Mag. III. S. 397. fg. Puchta §. 449. und Mühlenbruch §. 633. not. 4. Erläutr. der Pand. Bd. 35. S. 173. fg.; der letzte läugnet jedes Erbrecht unter ihnen; hauptsächlich wegen L. 6. §. 4. D. de b. p. c. t. 37. 4. und L. 10. pr. Cod. de adopt. 8. 48. Vgl. dagegen Büchel a. a. O. S. 18. fg. Bang. II. §. 412. Arndts a. a. O. S. 686...689.

§. 476.

γ) Vermöge unehelicher Verwandtschaft.

Die uneheliche Verwandtschaft steht 1) so viel das Verhältniß des unehelichen Kindes und seiner Nachkommen zu der Mutter und deren übrigen Verwandten betrifft [f], der ehelichen gleich [a]. Hingegen 2) in Beziehung zu ihrem Erzeuger gelten die unehelichen Kinder nicht als vollberechtigte Cognaten [b]; zwischen diesen und jenem, sowie ihren beiderseitigen Verwandten, besteht regelmäßig nicht

[a] L. 1. §. 4. D. unde cognati. 38. 8. L. 4. §. 2. 10. L. 5. D. de grad. 38. 10. L. 10. 11. D. de adopt. 1. 7. cf. §. 425. Anm. 1. [b] L. 3. D. unde cogn. 38. 8. [c] L. 1. §. 4. L. 5. D. l. c. §. 13. 14. in f. J. de hered. ab int. §. 1. §. 3. J. de succ. cognat. 3. 5. nov. 118. cap. 1. 2. 4. cf. §. 425. Anm. 2. [d] L. 10. §. 1. Cod. de adopt. 8. 48. §. 14. J. de hered. ab. int. 3. 1. cf. §. 425. not. g. [e] L. 5. Cod. de adopt. 8. 48. cf. §. 438.

[a] L. 2. 4. 8. D. unde cognati. 38. 8. [b] §. 12. J. de nupt. 1. 10. L. 4. D. cit.

das ordentliche Erbrecht der Verwandten [c]. Jedoch ſtehen a) die legitimirten Kinder [2] den ehelichen gleich [d], ebenſo b) die Kinder aus einer putativen, aber in gehöriger Form eingegangenen Ehe; nur hat derjenige von den Eltern, welcher das Ehehinderniß kannte, kein Erbrecht gegen jene [e]; c) nach der Praxis haben auch die Brautkinder ein Erbrecht gegen den Vater, wenn nämlich ein gültiges Verlöbniß beſtand, und nur durch den Tod oder ungegründete Weigerung des Bräutigams die Ehe verhindert wurde [3].

Anm. [1] Vgl. Seuffert's Arch. I. 256. — Juſtinian hat davon durch eine ipsi pudicitiae dedicata lex eine durch nov. 118. nicht beſeitigte, heutzutage aber unpraktiſche Ausnahme gemacht: die mater illustris ſoll von ihrem unehelichen Kinde nicht beerbt werden, wenn ſie andere rechtmäßige Kinder hinterläßt. L. 5. Cod. ad Sc. Orphit. 6. 57. — Streitig aber iſt, ob auch die ex damnato coitu (Ehebruch, Bigamie oder Inceſt) erzeugten Kinder zu den erbfähigen Verwandten der Mutter zu zählen ſind? Puchta §. 41. 455. Nur in Betreff der incestuosi wird dies verneint von Glück Inteſtaterbf. §. 136. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 36. S. 158. fg. u. a., nach L. 6. Cod. de incest nupt. 5. 5., die aber Andere durch nov. 12. cap. 1. für beſeitigt halten. Roßhirt a. a. O. S. 211. fg. Bang. §. 413. Anm. 2. vgl. Seuffert's Arch. I. 257.

[2] Beſtritten iſt dies bezüglich der durch Reſcript legitimirten Kinder, wenn noch eheliche da ſind: arg. nov. 74. cap. 1. 2. nov. 89. cap. 9. 11. vgl. §. 421. Anm. 3. Die heutzutage unpraktiſche Legitimation per oblationem curiae begründete nur zwiſchen dem Legitimirten und dem natürlichen Vater, nicht auch deſſen Verwandten, ein Erbrecht. nov. 89. cap. 2...4. 11. pr.

[3] Dieſe Praxis ſtützt ſich auf cap. 12. X. l. c. 4. 17. Vgl. Glück §. 155. Puchta §. 41. not. k. Mayer Erbr. I. S. 191...196. Seuffert's Arch. VIII. 65. 66. Dagegen die Praxis in Holſtein nach Seuffert's Arch. V. 200. — Nach einer andern Meinung ſoll bei grundloſer Weigerung des Bräutigams die Ehe bezüglich ihrer civilrechtlichen Wirkungen durch richterliches Urtheil in contumaciam für geſchloſſen erklärt und ſo das Brautkind dem ehelichen völlig gleichgeſtellt werden. Böhmer ius eccles. IV. 3. §. 49. 50. Längſt aufgegeben iſt eine dritte Meinung, wornach durch den Beiſchlaf das Brautverhältniß (ſog. sponsalia de futuro) in eine wirkliche Ehe (ſog. sponsalia de praesenti) verwandelt wäre.

b) Erbfolgeordnung der Verwandten.

§. 477.

a) Claſſen derſelben.

Die Ordnung, in welcher die Verwandten zur Erbfolge berufen werden, wird zunächſt durch Eintheilung derſelben in vier

[c] cf. Cod. de natural. lib. 5. 27. Nov. 89. [d] L. 10. Cod. l. c. nov. 89. cap. 8. [e] cap. 2. 8. 14. 15. X. qui filii sint legitimi. 4. 17.

Classen (ordines) bestimmt, von denen je die vorstehende die folgenden ausschließt. Diese sind:

1) Kinder und Kindeskinder oder Descendenten aller Grade: jedoch werden die Nachkommen des zweiten, dritten Grades u. s. w. durch ihren noch lebenden erbfähigen Parens, durch welchen ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelt wird, von der letzten Beerbung ausgeschlossen; sie rücken nur in die Stelle des ersten ein, wenn er selbst nicht zur Erbfolge berufen ist [1].

2) Aeltern (Ascendenten), vollbürtige Geschwister, Söhne und Töchter vollbürtiger Geschwister [2]. Von den ersten gehen immer die dem Grade nach nähern den entferntern, also Vater [3] und Mutter allen andern Ascendenten vor. Als vollbürtige Geschwister erben nur diejenigen, welche durch Vermittelung beider Aeltern mit einander in einer zur ordentlichen Erbfolge berechtigenden Verwandtschaft stehen; uneheliche Kinder derselben Aeltern und Adoptivgeschwister sind als solche nur für halbbürtige anzusehen. Kinder von Geschwistern erben, wie in der ersten Classe die Enkel, nur, sofern ihr Parens nicht mehr zur Erbschaft berufen ist [4].

3) Halbbürtige Geschwister und halbbürtiger Geschwister Kinder, in gleichem Verhältniß zu einander, wie in der zweiten Classe die vollbürtigen und Kinder von solchen [5].

4) Alle übrigen Seitenverwandten, ohne Unterschied zwischen vollbürtigen und halbbürtigen, aber so, daß der nähere Grad immer den entferntern ausschließt [6].

Anm. [1] Nov. 118. cap. 1. Si quis igitur descendentium fuerit ei qui intestatus moritur, cuiuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuit, tamen eius filios cuiuslibet sexus sint aut gradus, etiam ipsis parentibus praeponi praecipimus, quorum sub potestate fuit qui defunctus est, in illis videlicet rebus, quae secundum alias nostras leges patribus non acquiruntur (nam in usu harum rerum, qui debet acquiri aut servari, nostras de his leges parentibus custodimus): sic tamen, ut, si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in proprii parentis loco succedere, sive sub potestate defuncti sive suae potestatis inveniantur, tantam de hereditate morientis accipiemus partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset: quam successionem in stirpes vocavit antiquitas. In hoc enim ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio

aut filia nepotes vocari sancimus, nulla introducenda differentia, sive masculi sive feminae sint, et sive ex masculorum seu feminarum prole descendant, sive suae potestatis sive sub potestate sint constituti. — Das Recht des Enkels oder Urenkels, an die Stelle des Parens zu treten, pflegt man Repräſentationsrecht zu nennen. Der Ausdruck iſt unverfänglich, wenn nur nicht die (jetzt allgemein aufgegebene) Idee damit verbunden wird, daß die Enkel nicht kraft eigenen Rechts, ſondern blos als Erben ihres Parens neben Söhnen und Töchtern den Großvater beerben können.

[2] Nov. 18. cap. 2. Si igitur defunctus descendentes quidem non derelinquat heredes, pater autem aut mater aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos praeponi sancimus, exceptis solis fratribus ex utroque parente coniunctis defuncto, sicut per subsequentia declarabitur. Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi iubemus, qui proximi gradu reperiuntur, masculos et feminas, sive materni sive paterni sint. Si autem eundem habent gradum, ex aequo inter eos hereditas dividatur, ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticunque fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos inveniri contigerit. Si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus coniuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur, si et pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem: nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione hereditatis ius et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem: differentia nulla servanda inter personas istas, sive feminae sive masculi fuerint, qui ad hereditatem vocantur, et sive per masculi sive per feminae personam copulantur, et sive suae potestatis seu sub potestate fuerit, cui succedunt. Reliquum est, ut tertium ordinem decernamus, qui vocatur ex latere et in agnatos et cognatos dividitur, ut etiam hac parte disposita undique perfecta lex inveniatur. cap. 3. Si igitur defunctus neque descendentes neque ascendentes reliquerit, primum ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hereditatem vocavimus. His autem non existentibus, in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente coniuncti sunt defuncto, sive per patrem solum seu per matrem. Si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis, masculis et feminis, et, quanticunque fuerint, tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus erat accipere, si superstes esset. Unde consequens est, ut, si forte praemortuus frater, cuius filii vivunt, per utrumque parentem nunc defunctae personae iungebatur, superstites autem fratres per patrem solum forsan aut matrem ei iungebantur, praeponantur istius filii propriis thiis, licet tertio sint gradu, sive a patre sive a matre sint thii et sive masculi sive feminae,

sicut eorum parens praeponebatur, si viveret. E diverso, si quidem superstes frater et ex utroque parente coniungitur defuncto, praemortuus autem per unum parentem iungebatur, huius filios ab hereditate excludimus, sicut ipse, si viveret, excludebatur. Huiusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum aut feminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum iura succedant; nulli alii omnino personae ex hoc ordine venienti hoc ius largimur.

[3] Bei Adoptivkindern können nach §. 475. zwei Väter concurriren. Emancipirte Kinder dagegen konnten nach dem Recht vor nov. 118. von dem Emancipator als solchem (parens manumissor), gleich wie der Freigelassene von seinem Patron, also nicht der Verwandtschaft wegen, beerbt werden. §. 8. J. de legit. agnat. succ. 3. 2. L. 10. D. de suis. 38. 16. L. 2. §. 15. 16. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. cf. L. 6. Cod. de emancipat. 8. 49. L. 4. Cod. ad Sc. Orphit. 6. 57. L. 7. §. 1. Cod. ad Sc. Tertull. 6. 56. L. 13. Cod. de legit. hered. 6. 58. Ob dieses besondere Erbrecht durch nov. 118. aufgehoben sey, ist streitig. Es ist kaum möglich, dasselbe mit der neuen Ordnung zu vereinigen (Arndts im Rtslex. S. 681.), und in der Praxis ist es jedenfalls als antiquirt angesehen. Vgl. Mayer Erbr. I. §. 85. not. 5. 6. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35. S. 219. fg. Bd. 37. S. 356. fg.

[4] Nach der Nov. 118. cap. 3. pr. in f. sollten die Geschwisterkinder nur erben, wenn außer Geschwistern des Erblassers auch noch Ascendenten da waren. Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes, sicut iam diximus, ad hereditatem vocantur, nullo modo ad successionem ab intestato fratris aut sororis filios vocari permittimus, neque si ex utroque parente eorum pater aut mater defuncto iungebatur. Justinian hat dies geändert durch nov. 127. cap. 1. Hoc itaque iuste corrigentes sancimus, ut, si quis moriens relinquat ascendentium aliquem et fratres, qui possunt cum parentibus vocari, et alterius fratris praemortui filios, cum ascendentibus et fratribus vocentur et praemortui fratris filii et tantam accipiant portionem, quantam futurus erat eorum parens accipere, si vixisset. Haec vero sancimus de illis fratris filiis, quorum pater ex utroque parente iungebatur defuncto, et absolute dicimus, quem eis dedimus ordinem, quando cum solis vocantur fratribus, eundem eos habere iubemus, et quando cum fratribus vocantur ascendentium aliqui ad hereditatem. Dagegen für den Fall, wenn Geschwisterkinder nur mit Ascendenten concurriren, hat Justinian nichts geändert (Arndts a. a. O. S. 692.); doch hat die Praxis die nov. 127. auch auf diesen Fall ausgedehnt, Glück S. 639. fg., was auch als der Absicht Justinian's entsprechend neuerdings vertheidigt wird von Helmolt civ. Abh. I. S. 12. arg. Juliani epit. ad. h. l. vgl. Puchta Vorles. zu §. 457. Dagegen ist die erwähnte Praxis verworfen durch ein neueres Erkenntniß in Seuffert's Arch. V. 300. Uebrigens kann man auch dieses Recht der Geschwisterkinder nur in demselben Sinne, wie das der Enkel nach Anm. 1., ein Repräsentationsrecht nennen; grundlos ist es, wenn man, wie Glück §. 24. der 2. Aufl., hier die falsche Idee damit verbindet, die man dort als solche verwirft.

[5] Nov. 118. cap. 3. pr. vgl. Anm. 2.

[6] Nov. 118. cap. 3. §. 1. Si vero neque fratres neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscuiusque gradus praerogativam, ut viciniores gradu ipsi reliquis praeponantur. Si autem plurimi eiusdem gradus inveniantur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividitur, quod in capita nostrae leges appellant.

§. 478.

β) Nacheinanderfolge der verſchiedenen Claſſen und Grade.

Die genannten vier Claſſen ſtehen in dem Verhältniß zu einander, daß die Verwandten einer folgenden Claſſe ausgeſchloſſen ſind, ſo lange noch Verwandte einer vorhergehenden Claſſe Erben werden können. Allein wenn entſchieden iſt, daß kein Verwandter der zunächſt berufenen Claſſe Erbe wird, ſo wird nunmehr die nächſtfolgende Claſſe berufen. Dies iſt die ſog. successio ordinum. Ebenſo findet auch in einer Claſſe eine Nacheinanderfolge der verſchiedenen Grade ſtatt, ſog. successio graduum[1]; wenn von denjenigen, welchen als näheren Verwandten die Erbfolge angetragen war, keiner Erbe wird, ſo werden nunmehr die des nächſtfolgenden Grades berufen. Dies gilt unbeſtritten in der vierten Claſſe, und in der zweiten zu Gunſten der entferntern Aſcendenten, wenn die vor ihnen berufenen Erben wegfallen. Es iſt aber auch in der erſten Claſſe zu Gunſten der entferntern Nachkommen zu behaupten, und in der zweiten und dritten Claſſe zu Gunſten der Geſchwiſterkinder, die durch ihren zunächſt berufenen Parens von der Erbfolge ausgeſchloſſen waren[2], wenn weder dieſer noch andere mit ihm berufene Verwandte wirklich Erben werden.

Anm. [1] Die ſog. successio ordinum et graduum galt bei der alten Civilerbfolge nicht; es war Regel: in legitimis hereditatibus successio non est. Gai III. 12. Ulp. XXVI. 5. Pauli sentt. IV. 8. §. 23. Sie wurde zuerſt bei der bonorum possessio intestati bezüglich der Claſſen, und in der Claſſe der Cognaten bezüglich der Grade eingeführt. Dig. de successorio edicto. 38. 9. Cod. 6. 16. cf. Dig. quis ordo in possessionibus servetur. 38. 15. cf. Theophil. ad §. 11. J. de grad. cogn. 3. 6. Juſtinian führte ſie auch bei der civilrechtlichen Erbfolge ein, L. 15. §. 3. Cod. de legit. hered. 6. 58. §. 7. J. de legit. agnat. succ. 3. 2. cf. supplem. ad. L. 4. (rest.) Cod. de bon. lib. 6. 4.; und ſo iſt ſie denn in das Recht der Nov. 118. übergegangen.

[2] Beſtritten iſt beides von Puchta §. 458. not. e.; „denn nicht der Grad iſt es, der hier den entferntern ausgeſchloſſen hat". Dagegen Bang. §. 420. Arndts a. a. O. S. 694. Nur für Geſchwiſterkinder läugnet, aus andern Gründen, die

successio graduum Büchel a. a. O. S. 117. fg.; sie sollen, wenn ihr Parens wegfällt, erst in der vierten Classe als Verwandte dritten Grades erben. Dagegen Bang. a. a. O. Vgl. jetzt auch Helmolt Abh. I. S. 2. fg.

§. 479.

c) Theilung der Erbfolge unter Mehrere.

Wenn Mehrere zugleich zur Erbfolge berufen sind, so theilt sich diese in der Regel unter sie zu gleichen Theilen (in capita, nach Köpfen). So unter mehreren Kindern des ersten Grades, unter Ascendenten und Geschwistern, Geschwistern allein, Geschwisterkindern allein, und durchaus in der vierten Classe. Aber 1) in der ersten Classe erhalten Enkel von einem Sohne oder einer Tochter des Erblassers je zusammen nur den Erbtheil, der ihrem verstorbenen oder sonst nicht erbfähigen Parens zugekommen wäre, und eben so Urenkel u. s. w.; die Erbfolge theilt sich nach Descendentenstämmen (successio in stirpes). 2) Dasselbe gilt in der zweiten und dritten Classe bezüglich der Geschwisterkinder, wenn sie mit andern Erben dieser Classen zusammentreffen. 3) Unter mehreren gleich nahen allein erbenden Ascendenten der höhern Grade, väterlicher und mütterlicher Seite, theilt sich die Erbfolge nach Linien (successio in lineas), d. h. so daß die eine Hälfte den väterlichen, die andere den mütterlichen Großeltern zufällt[1]. In Fällen dieser Art kann zufolge mehrfacher Verwandtschaft auf dieselbe Person ein mehrfacher Erbtheil kommen[2]. Die Art der Theilung bestimmt sich darnach, welche Personen berufen, nicht darnach, welche wirklich Erben geworden sind[3]. Der Ursprung der Güter des Erblassers kommt, einen Fall ausgenommen, nicht in Betracht[4].

Anm. [1] Vgl. überhaupt §. 477. Anm. 1. 2. 4...6. Die Art der Theilung unter Kindern verschiedener Geschwister, wenn sie allein berufen sind, war streitig seit der Zeit der Glossatoren; Accursius vertheidigte die Theilung nach Stämmen, Azo die nach Köpfen, die auch der Byzantiner Harmenopulos V. 8. §. 15. annimmt. Vgl. Glück S. 664...705. (welcher selbst in der 1. Aufl. der Meinung des Azo, in der 2. einer Mittelmeinung huldigt). Der RA. von 1529. aber hat entschieden: „Wann einer unteſtirt abſtirbt und nach ihm kein Bruder oder Schweſter, ſondern ſeiner Brüder oder Schweſter Kinder in ungleicher Zahl verläßt, daß alsdann dieſelben ſeines Bruders oder Schweſter Kinder in die Häupter und nicht in die Stämme erben und dem Verſtorbenen ihrer Vater oder Mutter Brüder oder Schweſter dermaßen zu ſuccediren zugelaſſen werden ſollen."

[2] So kann z. B. im Falle 1) das Kind von Geschwisterkindern bei Verein-

des Urgroßvaters, im Falle 3) der väterliche und mütterliche Großvater bei Beerbung des Urenkels einen zweifachen Erbtheil erhalten. Auch in der dritten Classe (Nr. 2.) kann dasselbe vorkommen zu Gunsten des Kindes von zwei Stiefgeschwistern bei Beerbung des halbbürtigen Bruders der beiden Eltern, und selbst auch in der zweiten Classe zu Gunsten des in putativer Ehe von zwei leiblichen Geschwistern des Erblassers erzeugten Kindes.

[3] Einige halten, unter Berufung auf L. 2. Cod. ad Sc. Orphit. 6. 57., den schwankenden und ungleichen Zeitpunkt der Acquisition der Erbschaft für den entscheidenden. Mayer Anwachsungsrecht S. 251. fg. Witte im Rtslex. I. S. 278. Dagegen vorzüglich Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43. S. 292. fg. Bang. §. 421. Arndts a. a. O. S. 695. fg. und jetzt noch Helmolt a. a. O. S. 83. fg.

[4] Die Ausnahme s. in §. 417. not. d. Vermöge einer durchaus unzulässigen Combination der L. 13. §. 2. Cod. de legit. hered. 6. 58. mit nov. 118. wurde früher gewöhnlich noch behauptet, daß in der dritten Classe beim Zusammentreffen von uterini und consanguinei die ersten das von der Mutter, die andern das vom Vater herrührende Vermögen ausschließlich erhalten. Dagegen Francke Beiträge 1. 7.

[5] Eigenthümliche Modificationen können noch a) durch besondere Rechte des Vaters eintreten. Dieser behält nämlich α) wenn er nicht zur Erbschaft des in seiner Gewalt befindlichen Kindes mitberufen ist, den Nießbrauch, den er bisher hatte (§. 433. Nr. 4. vgl. jedoch §. 436. Anm. 2.). β) Bei der Beerbung der Mutter durch die Kinder erlangt er nicht nur, wie in andern Fällen, den Nießbrauch an deren Erbtheilen, wenn diese noch in seiner Gewalt sind, sondern auch, wenn sie oder ihr Vater emancipirt oder als Tochterkinder gar nicht in seiner Gewalt gewesen sind, den Nießbrauch an einer Virilportion. L. 3. Cod. de bon. mat. 6. 60. Ueber die Berechnung vgl. Schrader Abh. I. 4. Bang. §. 415. Puchta §. 457. not. c. Vgl. jedoch §. 436. Anm. 3. mit §. 433. Anm. 2. Wenn dagegen γ) der Vater in der zweiten Classe selbst berufen ist, so hat er keinen Nießbrauch mehr an den Erbtheilen der Miterben. (§. 434. 2.). b) Zum Nachtheil der miterbenden Mutter tritt eine Beschränkung ein zufolge des §. 417. not. h.

§. 480.

2) Ordentliches Erbrecht des Ehegatten.

Sind keine erbberechtigte Verwandte da, oder die vorhandenen machen von ihrem Erbrecht keinen Gebrauch, so kann der überlebende Ehegatte durch die bonorum possessio ex edicto unde vir et uxor zur Erbfolge gelangen [a]. Vorausgesetzt wird dabei, daß eine gültige Ehe bis zum Tode des Erblassers bestanden und nicht einmal eine wenngleich rechtlich unwirksame Scheidung stattgefunden habe [b]. Auch durch die Scheidung von Tisch und Bett, nach heutigem Recht, wird dieses Erbrecht ausgeschlossen.

[a] Dig. unde vir et uxor. 38. 11. Cod. 6. 18. [b] L. 1. §. 1. D. l. c.

3) Außerordentliche Erbfolge.

§. 481.

a) Der armen Wittwe.

Der dürftigen Wittwe des wohlhabenden Erblassers ist, falls sie nicht nach §. 480 erbt, neben den nach §. 474...478. erbenden Verwandten ein Erbrecht gegeben[1], das ihr auch durch testamentarische Verfügung nicht geschmälert werden soll; und zwar der Regel nach auf ein Viertheil der Erbschaft, jedoch, wenn sie mit mehr als drei Kindern des Erblassers zusammentrifft, nur auf einen Kopftheil[2], zudem noch mit der Beschränkung, daß ihr Erbtheil in keinem Fall den Betrag von 100 Pfund Goldes überschreiten soll. Auch muß sie in ihren Erbtheil einrechnen, was ihr durch Vermächtniß vom Manne zugewendet ist. Erbt sie mit eigenen Kindern zusammen, so erhält sie nur den Nießbrauch an ihrem Erbtheil; die Proprietät bleibt jenen vorbehalten. Voraussetzung auch dieses Erbrechts ist, daß die hinterlassene Frau mit dem Erblasser bis zu dessen Tode in gültiger Ehe gelebt habe[3].

Anm. [1] Justinian hatte zuerst (a. 537.) auch dem Manne unter gleicher Voraussetzung ein gleiches Erbrecht gegeben. nov. 53. cap. 6. Später (a. 541.) hat er es diesem wieder entzogen und das der Wittwe näher bestimmt durch nov. 117. cap. 5. Vgl. Glück S. 425...473. Löhr im Mag. III. S. 359. fg. und im civ. Arch. XXII. 1.

[2] „Sind die Miterben der Wittwe alle oder zum Theil Enkel oder Urenkel von verschiedenen Stämmen, so ist... ohne Zweifel auf die Zahl der Stämme... Rücksicht zu nehmen; aber auch wenn nur Enkel oder Urenkel *eines* Stammes mit der Wittwe concurriren, muß man nach demselben Princip rechnen, also der Wittwe ein Viertheil zusprechen"; denn „unmöglich kann man dem Gesetzgeber die Absurdität zutrauen, daß er der Wittwe ein Viertheil geben wolle, wenn sie mit einem Sohne, mit drei Enkeln von einem andern und mit zwölf Enkeln von einem dritten Sohne concurrirt, aber nur ein Dreizehntheil, wenn zwölf Enkel von einem Sohne allein mit ihr erben." Arndts a. a. O. S. 698.

[3] „Das Gesetz enthält außerdem noch die nähere Bestimmung, daß die Wittwe ohne Heirathsgut sey (indotata mulier), woraus sich das unvernünftige Resultat ergibt, daß die mit einer noch so kleinen Dos versehene, sonst bedürftige Wittwe auf die reichste Erbschaft des Mannes keinen Anspruch machen kann." Arndts a. a. O. S. 699. Man sieht daher gern davon ab. Puchta §. 456.

§. 482.

b) Der natürlichen Kinder und ihres Erzeugers.

Nach Gesetzen von Justinian [a] haben die im Concubinat

a Nov. 18. cap. 5. nov. 89. cap. 13.

erzeugten Kinder (liberi naturales), nach heutiger Praxis überhaupt uneheliche Kinder (natürliche im heutigen Sinn), ſofern ſie vom Vater anerkannt ſind, ein Erbrecht auf ein Sechstheil der Erbſchaft ihres Erzeugers, wovon ſie ihrer Mutter einen Kopftheil überlaſſen ſollen. Dabei wird jedoch vorausgeſetzt, daß der Erblaſſer weder rechtmäßige Kinder noch eine rechtmäßige Ehegattin hinterläßt. Umgekehrt hat auch der natürliche Vater ein gleiches Erbrecht gegen die Kinder [b].

Anm. [1] Vgl. Glück S. 473...489., und insbeſondere über die heutige Anwendung: Mayer, das Inteſtaterbrecht der liberi naturales nach heut. R. R. Tübingen 1838. Seuffert's Arch. I. 87. 88. VIII. 67. Jedoch wird dieſe Praxis in Erkenntniſſen namentlich norddeutſcher Gerichte verworfen. Seuffert's Arch. VI. 223. VII. 202.

[2] Das R. R. gibt noch a) den Mitcurialen ein außerordentliches Erbrecht auf ein Viertheil, wenn der Erblaſſer nicht von Deſcendenten beerbt wird. L. 1...3. Cod. quando et quibus quarta pars debetur ex bonis decurionum. 10. 34. Dies iſt jetzt unpraktiſch. b) Wer ſich freiwillig der Pflege eines Blödſinnigen bis zu deſſen Tode unterzogen hat, ſoll an die Stelle des geſetzlichen Erben treten, der auf ergangene Aufforderung dieſe Laſt nicht übernehmen wollte. Nov. 115. cap. 3. §. 12. Dieſer Fall iſt jedoch vielmehr als ein Fall der Entziehung der Erbſchaft wegen Unwürdigkeit anzuſehen. Puchta §. 560. not. r.

B. Von der teſtamentariſchen Erbfolge.

§. 483.

1) Begriff des Teſtaments.

Ein Teſtament iſt eine letzte Willensordnung, welche eine gültige Ernennung eines Erben (Erbeinſetzung) enthält. Erforderlich iſt dazu Fähigkeit des Erblaſſers, ein Teſtament zu errichten, Fähigkeit des ernannten Erben, und regelmäßig auch Beobachtung einer beſtimmten Form der Willenserklärung. Der Name ſelbſt rührt von der gewöhnlichen Form her, wobei eine Aufforderung zum Zeugniß vorkommt.

Anm. Ungenau iſt die Definition in L. 1. D. qui test. fac. 28. 1. Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit; unrichtig die Ableitung in pr. J. de test. ord. 2. 10. Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit. cf. Gell. noct. att. VI. 12.

[b] nov. 89. cap. 13.

§. 448.

2) Fähigkeit zur Testamentserrichtung [a].

Die Fähigkeit zur Testamentserrichtung heißt testamenti factio [1]. Zur Gültigkeit des Testaments wird erfordert, daß der Testator zur Zeit der Errichtung wirklich fähig [b], und auch, er wäre denn Soldat [c], selbst davon überzeugt sey [d]. Nach römischem Recht ist die Testamentsfähigkeit durch das Bürgerrecht bedingt; sie geht verloren durch capitis deminutio magna, daher sind capite damnati unfähig [e]. Dieses gilt gemeinrechtlich heutzutage nicht mehr [2]. Ebensowenig besteht jetzt noch die Unfähigkeit der Apostaten und Häretiker [f]. Außerdem sind unfähig 1) der wegen Pasquills Verurtheilte [g], 2) notorische Zinswucherer, wofern sie nicht die Wiedererstattung der gesetzwidrigen Zinsen bewirken [h], 3) der erklärte Verschwender [i], 4) Hauskinder [k], ausgenommen bezüglich der bona castrensia und quasi castrensia [l]; doch können diese zu frommen Zwecken [3] mit Einwilligung des Vaters auch über die bona adventitia letztwillig verfügen [m]; 5) Unmündige [n], 6) Willensunfähige, namentlich Wahnsinnige [o], außer in lichten Zwischenräumen [p], und alle, die sich aus welchem Grunde immer in einem Zustande von Willenlosigkeit befinden, so lange dieser dauert [q], endlich 7) diejenigen, welche ihren Willen verständlich zu erklären nicht im Stande sind [r], z. B. ein schreibensunkundiger Stummer, und nach gesetzlicher Bestimmung schlechthin der von Geburt an Taubstumme [4].

Anm. [1] Testamenti factio heißt im umfassenderen Sinn die Rechtsfähigkeit, die dazu gehört, um bei einem Testament, es sey als Testator oder als Erbe, betheiligt zu seyn; eine Bedeutung, die sich aus der alten Testamentsform erklärt, wobei der Erbe (als familiae emtor) das Testament mitmachen half. Gai. II. 105. In diesem Sinn kann Jemand testamenti factio haben (sog. testamenti factio passiva), und doch nicht testamenti faciundi facultatem.

[a] Inst. quibus non est permissum testamenta facere. 2. 12. Dig. qui testamenta facere possunt et quemadmodum fiant. 28. 1. Cod. qui testamenta facere possunt et non. 6. 22. [b] L. 19. D. h. t. cf. L. 1. §. 1. 5. D. de legat. III. [c] L. 11. §. 1. D. de test. milit. 29. 1. [d] L. 1. pr. D. de legat. III. [e] L. 8. D. h. t. cf. L. 9. D. eod. L. 2. Cod. h. t. cf. §. 469. 471. [f] L. 3. Cod. de apostat. 1. 7. L. 4. Cod. de haeret. 1. 5. cf. §. 471. Anm. 2. [g] L. 18. §. 1. D. h. t. L. 5. §. 9. D. de injur. 47. 10. [h] cap. 2. de usuris. in 6to. 5. 5. [i] §. 2. J. h. t. 2. 12. L. 18. pr. D. h. t. [k] pr. J. h. t. L. 6. pr. L. 16. pr. D. h. t. L. 3. §. 1. L. 11. Cod. h. t. [l] pr. J. h. t. L. 12. Cod. h. t. cf. L. 26. §. 1. D. de test. milit. 29. 1. Ulp. XX. 10. [m] cap. 2. de sepult. in 6to. 3. 12. [n] §. 1. J. h. t. L. 5. D. h. t. L. 1. §. 1. D. de tut. act. 27. 4. [o] L. 16. §. 1. D. h. t. [p] L. 9. Cod. eod. [q] L. 2. 17. D. eod. L. 3. pr. Cod. eod. cf. L. 27. pr. D. de cond. instit. 28. 7. §. 59. not. b...d. [r] L. 10. Cod. h. t. 6. 22. cf. L. 6. §. 1. L. 7. 16. pr. D. h. t. 28. 1. Notariatsordnung v. 1512. II. §. 4.

(ſog. testamenti factio activa). L. 16. D. h. t. 28. 1. Aber testamenti factio heißt auch dieſe Fähigkeit zu teſtiren überhaupt. L. 1. pr. D. de test. milit. 29. 1. L. 1. §. 1. D. de tut. act. 27. 3. — Auf den völligen Mangel der testamenti factio, im erſten Sinn, bezieht man den Ausdruck intestabilis. Auth. *credentes* (§. 2. Anm. 4.). Aber vgl. L. 26. D. h. t. 28. 1. Cum lege quis intestabilis iubetur esse, eo pertinet, ne eius testimonium recipiatur; et eo amplius, ut quidam putant, neve ipsi dicatur testimonium. cf. §. 6. J. de test. ord. 2. 10. et Theophil. ad h. l. Gell. noct. att. VI. 7. XV. 13. in f. Im Juſtinianiſchen Recht wird nur der Pasquillant ausdrücklich als intestabilis genannt (not. g.); vgl. jedoch auch L. 3. Cod. de apostat. 1. 7. Arndts im Rtsleꝛ. III. S. 916.

[2] Vgl. Wächter, über Teſtirunfähigkeit wegen begangener Verbrechen und verhängter Strafen, im civ. Arch. XVII. 14. Der Vf. beſtreitet für das heutige Recht auch die Fälle der Teſtirunfähigkeit unter 1. 2. (not. g. h.); mit ihm ſtimmt in Beziehung auf Nr. 2. überein Bang. §. 429. Dagegen mit der herrſchenden Meinung Puchta §. 463. not. l.

[3] Mit Unrecht wird dies beſtritten von Puchta §. 463. not. r...t., indem er das cap. 4. in 6to. 3. 12. nur auf mortis causa donatio bezieht (arg. L. 25. §. 1. D. de m. c. don. 39. 6.). Cap. 4. cit. ſagt a. E. Quamvis autem filiusfamilias absque patris adsensu sibi possit libere eligere sepulturam, pro anima tamen sua (d. i. ad piam causam) praeter ipsius adsensum, nisi peculium castrense aut quasi castrense habeat, aliquid *iudicare* non potest. *Iudicare* aber heißt im mittelalterlichen Latein ſoviel als: *supremo iudicio de bonis suis decernere*. Vgl. Gloss. man. ad script. med. latin. s. v. *iudicare*.

[4] Nach älterem Recht konnten Taube und Stumme (ausgenommen Soldaten, L. 4. D. de test. milit. 29. 1.) der Teſtamentsform wegen nicht teſtiren, es ſey denn vermöge beſonderer Conceſſion. L. 6. §. 1. L. 7. D. h. t. Juſtinian hat dies geändert durch L. 10. Cod. h. t., von Geburt Taubſtumme aber für ſchlechthin unfähig erklärt; cf. §. 3. J. h. t. Hat ein ſolcher ſprechen oder ſchreiben gelernt, ſo kann er jedenfalls durch beſondere Erlaubniß des Regenten teſtirfähig werden; viele halten aber, ex ratione legis, dieſe nicht einmal für nothwendig, wenn nur durch amtliche Unterſuchung die Fähigkeit zur Willenserklärung feſtgeſtellt iſt. Vgl. Preuß. Ldr. I. 5. §. 171., 12. §. 26.

3) Form des Teſtaments [a].

a) Privatteſtamente.

α) Regelmäßige Form.

§. 485.

Ein Teſtament kann durch einen Privatact, entweder ſchriftlich oder mündlich, errichtet werden. Erforderlich iſt dazu die

[a] Inst. de testamentis ordinandis. 2. 10. Dig. qui test. fac. poss. et quemadmodum fiant. 28. 1. Cod. de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur. 6. 23. ND. Tit. II. Von Teſtamenten.

Zuziehung von sieben Zeugen [b], in deren gleichzeitigem Beisein, so daß sie den Testator wahrnehmen können [c], der ganze Act der Testamentserrichtung ohne erhebliche Unterbrechung zu vollenden ist (unitas actus) [1]. Zum mündlichen Testament (testamentum nuncupativum) insbesondere ist nothwendig, daß der Testator den ganzen Inhalt des Testaments den Zeugen vernehmlich und verständlich erkläre [e], wovon dann des Beweises wegen noch eine schriftliche Aufzeichnung gemacht werden kann (testamentum nuncupativum in scripturam redactum). Zum schriftlichen Testament dagegen gehört wesentlich eine den Inhalt des letzten Willens enthaltende Urkunde, die jedoch schon vorher abgefaßt seyn kann [2]. Der Testator muß diese Urkunde in Gegenwart sämmtlicher Zeugen als sein Testament anerkennen und unterschreiben, und sodann [f] auch von diesen, die übrigens hier den Inhalt des Testaments nicht zu erfahren brauchen, unterschreiben und besiegeln lassen [3]. Hat der Testator das ganze Testament eigenhändig geschrieben [4], und, daß dieses geschehen sey, in demselben ausdrücklich bemerkt (testamentum holographum), so ist seine Unterschrift nicht mehr erforderlich [g].

Anm. [1] L. 21. §. 3. D. h. t. Uno contextu testari oportet: ne autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere. N. §. 7. „Desselben Tags und Zeit, ohne daß einige andere auswendige Handlung oder Weile, denn allein die der Leibesnoth halben geschehe und klein wäre, dazwischen falle." §. 9. „Zu einer Zeit und an einer Statt, also, daß kein andere Zeit, denn die klein wäre und aus Nothdurft der Natur sich begebe, dazwischen falle." Eitel Wortklügeln ist es, hiernach ein kurz vor Mitternacht begonnenes, nach Mitternacht vollendetes Testament für ungiltig zu erklären. Marezoll in Linde's Ztschr. IV. 4. Bang. II. §. 444. S. 166.

[2] Wird das schriftliche Testament erst bei der Errichtung geschrieben oder das mündliche in Schrift gefaßt, so wird zur Geltung dieser Urkunde erfordert, daß sie vor Testator und Zeugen vorgelesen werde. NO. §. 5.

[3] Das R. R. erforderte Unterschrift und Versiegelung durch die Zeugen mit abermaliger Beisetzung ihres Namens zu dem Siegel. Spangenberg im cit. Arch. V. 5. Nach heutigem Gebrauch genügt die einmalige Namensschrift der Zeugen in der Urkunde oder auf der Außenseite, unter Beidrückung des Siegels. — Die Siegel können eigene oder fremde seyn; §. 5. J. h. t. L. 22. §. 2. D. h. t. auch nach heutigem Recht: NO. §. 10. „Es mögen auch ihrer einer oder mehr

[b] §. 1...3. J. h. t. 2. 10. [c] L. 9. Cod. h. t. 6. 23. cf. L. 22. §. 6. D. h. t. [d] L. 21. pr. §. 1. 2. L. 28. pr. Cod. h. t. L. 20. §. 8. L. 21. §. 3. D. h. t. [e] L. 21. §. 2. L. 26. Cod. h. t. L. 20. §. 9. L. 21. pr. D. h. t. [f] L. 21. pr. Cod. h. t. §. 3. J. h. t. cf. L. 22. §. 2...7. L. 30. D. h. t. NO. §. 7. 10. [g] L. 28. §. 1. Cod. h. t.

ſo nicht eigen Signet hätten, eins oder mehr der andern Signeten ſich hierin gebrauchen." Vgl. §. 7. daſ. „mit ihren gewöhnlichen Signeten zu beſiegeln."

[4] Eine übermäßig ängſtliche Vorſchrift, wornach der Teſtator die Namen der Erben immer eigenhändig ſchreiben ſollte (§. 4. J. h. t. L. 29. Cod. h. t.), hat Juſtinian ſelbſt wieder aufgehoben. nov. 119. cap. 9.

§. 486.

Die ſieben Zeugen, zu welchen auch der Schreiber des Teſtaments gehören kann [1], müſſen zur Zeit der Errichtung fähig [a], zum Teſtamentszeugniß aufgefordert [2] und davon, wer der Teſtator iſt, unterrichtet ſeyn [b], auch freiwillig zum Zeugniß ſich hergeben [c]. Fähig, Teſtamentszeugen zu ſeyn [d], ſind nur mündige Perſonen männlichen Geſchlechts, welche zu Erben eingeſetzt werden können [3]. Unfähig ſind aber noch insbeſondere 1) der erklärte Verſchwender und Inteſtabilis [e], 2) die zum einfachen Zeugniß natürlich unfähigen Perſonen [f], namentlich Wahnſinnige, Stumme, Taube, auch Blinde [4], 3) der eingeſetzte Erbe und die mit ihm durch väterliche Gewalt verbundenen Perſonen [g], 4) derjenige, der ſich in der Gewalt des Teſtators, ſowie umgekehrt [5] derjenige, in deſſen Gewalt dieſer oder mit welchem in derſelben väterlichen Gewalt er ſich befindet [h]. Legatare und Fideicommiſſare ſind gültige Zeugen [i]. Ein Irrthum über die Eigenſchaft eines Zeugen macht den unfähigen in der Regel nicht zum fähigen [6].

Anm. [1] L. 27. D. h. t. Domitius Labeo Celso suo salutem: Quaero, an testium numero habendus sit is, qui, cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque, cum tabulas scripsisset, signaverit? (sog. quaestio Domitiana). Juventius Celsus Labeoni suo salutem: Aut non intelligo, quid sit, de quo me consulueris, aut valde stulta est consultatio tua; plus enim quam ridiculum est, dubitare, an aliquis iuste testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit (responsum Celsinum). — Testes idonei, rogati, voluntarii (not. a...c.).

[2] ND. §. 3. „Es iſt auch im Teſtament nöthig, daß die Zeugen nicht allein gebeten, ſondern inſonderheit zu Aufrichtung des Teſtaments berufen und genommen, oder aufs wenigſte, wo ſie ungeſchickter Ding unberufen zugegen wären, dazu ermahnet und beſprochen werden."

[3] ND. §. 6. „Dann viel ſeynd in Rechten zu ſolcher Zeugniß verboten, als gemeiniglich alle die, ſo nicht mögen von Recht Teſtament machen oder aus Teſtament etwas empfahen, auch Frauen und Hermaphroditen, das ſeynd, die männlich

[a] L. 22. §. 1. D. h. t. [b] L. 21. §. 2. eod. L. 21. pr. Cod. h. t. [c] L. 20. §. 10. D. h. t. [d] L. 20. §. 6. 7. eod. §. 6. 7. J. h. t. [e] §. 6. J. l. c. L. 18. 26. D. eod. [f] L. 20. §. 4. eod. [g] L. 20. pr. eod. §. 10. J. eod. [h] L. 20. pr. cit. §. 9. J. eod. [i] L. 20. pr. cit. §. 11. J. l. c. L. 22. Cod. h. t.

und fränlich gemächt haben und in dem fränlichen Gemächt fürtreffen" u. s. w. Mit Unrecht behauptet hiernach Mayer Erbr. §. 9., daß jetzt alle, die nicht selbst ein Testament zu machen vermögen, unfähige Zeugen seyen. Die Worte der N. sind nur eine Umschreibung für den völligen Mangel der testamenti factio (§. 484. Anm. 1.).

[4] Blinde sind nicht ausdrücklich als unfähige genannt, aber wohl nur, „weil es den römischen Juristen nicht in den Sinn kam, blinde Zeugen bei einem Act für möglich zu halten, dessen Wahrnehmung ohne den Sinn des Gesichts nicht vollständig und in allen seinen wesentlichen Momenten möglich ist." Puchta §. 465. not. p. Nach nov. 90. cap. 1. sind regelmäßig, außer im Nothfall, auch nur unbescholtene Zeugen zuzuziehen.

[5] §. 9. in f. J. h. t. Sed si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte adhibetur testis. nec is, qui in potestate eius est; *reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.* cf. Gai. II. 106. Eine andere Meinung referirt Ulpian in L. 21. §. 2. D. h. t., welche von Manchen als die consequentere dem so bestimmten Ausspruch der Institutionen vorgezogen wird. Puchta §. 465. not. s.

[6] Eine Ausnahme macht das R. R., wenn ein allgemein für frei gehaltener Sklave als Zeuge zugezogen war. §. 7. J. h. t. L. 1. Cod. h. t. Analoge Anwendung dieser Ausnahme ist bedenklich.

β) Außerordentliche Form.

§. 487.

aa) Wegen der Person des Testators.

Von den regelmäßigen Formvorschriften gibt es manche Ausnahmen, theils erleichternde (in welchem Fall man das Testament ein privilegirtes nennt), theils erschwerende. Solche Ausnahmen bestehen zunächst aus Rücksicht auf die Person des Testators:

1) für Testamente der Soldaten [a]. Diese können nach römischem Recht während eines Feldzugs [b], nach der Notariatsordnung [c] nur während des Gefechts (außerdem sollen sie zwei Zeugen zuziehen) ohne alle Förmlichkeit testiren; es kommt nur auf Gewißheit des Willens an [d]. Ein solches Soldatentestament wird aber durch ehrenrührige Entlassung des Soldaten sofort ungültig, nach ehrenvoller durch Ablauf eines Jahres [e].

2) Zum Testament eines Blinden bedarf es außer den gewöhnlichen Förmlichkeiten noch der Zuziehung eines Notars oder achten

[a] Inst. de militari testamento. 2. 11. Dig. de testamento militis. 29. 1. Cod. 6. 21. cf. Dig. de bonorum possessione ex testamento militis. 37. 13. [b] pr. J. l. c. L. 17. Cod. h. t. cf. L. 42. D. h. t. 29. 1. [c] NO. §. 2. [d] L. 1. pr. L. 36. pr. L. 40. pr. D. l. c. L. 15. Cod. h. t. 6. 21. L. 19. Cod. de pact. 2. 3. [e] §. 3. J. h. t. 2. 11. L. 26. D. h. t.

Zeugen. Dieſer muß den vom Teſtator den Zeugen vollſtändig und verſtändlich erklärten Willen in deren Gegenwart niederſchreiben oder den vorher geſchriebenen vorleſen, und ſodann nach Beſtätigung des Teſtators die Urkunde mit den übrigen Zeugen unterſchreiben und beſiegeln [f].

3) Ein ſchriftliches Teſtament einer Perſon, die nicht ſchreiben kann, es ſey aus Unkunde oder aus anderm Grunde muß anſtatt derſelben von einem achten Zeugen unterſchrieben werden [g].

Anm. Das Privilegium des Soldatenteſtaments iſt auch ſolchen Perſonen gewährt, welche in ihrem Berufe die Gefahr der Soldaten theilen, für den Fall, daß ſie darin umkommen. L. ult. D. h. t. 29. 1. L. un. D. de b. p. ex test. milit. 37. 13. — Vgl. überhaupt Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42. S 19. fg.

§. 488.

bb) Wegen beſonderer Umſtände bei der Errichtung.

1) Zur Zeit der Herrſchaft einer anſteckenden Krankheit iſt geſtattet, daß die Zeugen nicht gleichzeitig verſammelt, ſondern einzeln und abgeſondert das ihrerſeits Erforderliche vornehmen [a]; ſog. testamentum tempore pestis conditum [1].

2) Zur Teſtamentserrichtung auf dem Lande genügt im Nothfall die Zuziehung von fünf Zeugen, von denen, wenn nicht alle ſchreiben können, die ſchreibkundigen für die übrigen mitunterſchreiben können; dabei müſſen aber die Zeugen den Inhalt des Teſtaments erfahren und nach dem Tode des Erblaſſers eidlich darüber vernommen werden [b]; ſog. testamentum ruri conditum [2].

Anm. [1] Ueber die verſchiedenen Anſichten vgl. Marezoll in Linde's Ztſchr. IV. S. 77. fg. Mühlenbruch a. a. O. S. 262. fg. Ackermann im civ. Arch. XXXII. 2. Bang. §. 444. (II. S. 166. fg.)

[2] Vgl. Marezoll im civ. Arch. IX. 15. Fritz in Linde's Ztſchr. V. 2. Mühlenbruch a. a. O. S. 245. fg.

§. 489.

cc) Wegen des Inhalts des Teſtaments.

Aus dieſer Rückſicht iſt privilegirt 1) das ſog. testamentum parentis inter liberos, d. i. ein Teſtament, worin nur für die Kinder oder Kindeskinder des Teſtators Verfügungen getroffen werden [1]. Dazu bedarf es nur eines ſchriftlichen Aufſatzes, worin der

[f] L. 8. Cod. qui test. fac. 6. 22. NO. §. 9. [g] L. 21. §. 1. L. 28. §. 1. Cod. de testam. 6. 23.

[a] L. 8. Cod. de testam. 6. 23. [b] L. 31. Cod. cod.

Testator eigenhändig die Namen der eingesetzten Descendenten und die Erbtheile derselben, und zwar mit Worten, nicht mit Ziffern, bezeichnet, auch das Datum hinzufügt [a]. Mündlich kann ein solches Testament unter Zuziehung von zwei Zeugen errichtet werden [b]. Die Erbeinsetzung fremder Personen wird darin für nicht geschehen geachtet. Auch Vermächtnisse an solche sind nur gültig, wenn die betreffende Verfügung vor der dazu erforderlichen Anzahl von Zeugen erklärt ist [c]. Ein älteres nach dem gemeinen Recht errichtetes Testament wird durch das testamentum parentis inter liberos nicht aufgehoben [d]. Verschieden von diesem ist die divisio parentis inter liberos, d. i. eine Verfügung über Theilung der Erbschaft unter den Kindern als gesetzlichen Erben [e], welche durch einen entweder von dem Erblasser oder von allen Kindern unterschriebenen Aufsatz geschehen kann.

2) Verfügungen zum Vortheil der Kirche oder zu frommen Zwecke (testamentum ad pias causas) bedürfen nach kanonischem Rechte [f] zu ihrer Gültigkeit keiner Förmlichkeit; es genügt, wenn sie nur durch zwei Zeugen bewiesen werden können [f].

Anm. [f] Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 151 ... 245.

[a] Streitig ob diese Zeugen Solennitätszeugen seyen? Mühlenbruch a. a. O. S. 130 ... 150., oder bloße Beweiszeugen? Pfeiffer prakt. Ausf. II. S. 340. u. Schulte in Linde's Ztschr. n. F. VIII. 6. Vgl. Seuffert's Arch. VIII. 149.

§. 490.

b) Oeffentliche Testamente.

Die Förmlichkeiten des Privattestaments können durch Mitwirkung einer öffentlichen Autorität ersetzt werden (daher öffentliche Testamente), und zwar 1) durch Mitwirkung des Regenten, indem dieser das vom Testator ihm überreichte schriftliche Testament annimmt [a], (testamentum principi oblatum); 2) durch Mitwirkung des Gerichts (sog. testamentum iudiciale), indem der Testator entweder seinen Willen zu gerichtlichem Protokoll erklärt [b] (sog. testamentum apud acta conditum), oder, wie die Praxis gestattet, das schriftlich abgefaßte Testament dem Gerichte zur

[a] L. 21. §. 3. Cod. de testam. 6. 23. nov. 107. cap. 1. [b] ND. §. 2. [c] nov. 107. cap. 1. [d] nov. 107. cap. 2. [e] nov. 18. cap. 7. nov. 107. cap. 3. cf. L. 77 §. 3. L. 32. 33. 39. §. 1. D. fam. erc. 10. 2. L. 10. 16. 21. Cod. eod. 3. 36. [f] cf. §. 11. X. de test. 3. 26.

[a] L. 19. Cod. de testam. 6. 23. cf. Nov. Valent. XXI. 1. §. 1. 2. [b] L. 18. Cod. l. c. cf. Nov. Valent. cit. §. 2.

Verwahrung übergibt (ſog. testamentum iudici oblatum), worüber denn auch ein Protokoll aufgenommen zu werden pflegt. 3) Nach canoniſchem Rechte kann auch vor dem Pfarrer und zwei Zeugen ein Teſtament errichtet werden [c] (canoniſches Teſtament). Dies iſt aber in Deutſchland nicht gemeinrechtliche Norm geworden, obwohl es in einzelnen, namentlich geiſtlichen, Ländern anerkannt war.

4) Inhalt des Teſtaments.

§. 491.

a) Ueberhaupt.

Weſentlicher Inhalt des Teſtaments iſt Ernennung eines Erben [a]; es muß wenigſtens eine gültige Erbeinſetzung, kann aber außerdem noch verſchiedenartige andere Verfügungen enthalten. Der Inhalt des Teſtaments aber muß 1) wirklicher Wille des Erblaſſers ſeyn [b], und darf 2) nicht auf einem Irrthum ſolcher Art beruhen [1], daß anzunehmen iſt, der Erblaſſer würde ohne dieſen die Verfügung nicht getroffen haben [c], auch nicht 3) durch Zwang gegen den Erblaſſer [2] hervorgerufen [d], wohin aber bloßes Zureden nicht zu rechnen iſt [e], noch 4) an ſich oder durch das Motiv, welches einer Verfügung zum Grunde liegt, unſittlich oder rechtswidrig ſeyn; daher namentlich ungültig iſt die Erbeinſetzung eines Kindes, das der Erblaſſer mit einer Frau erzeugen werde, die er nicht heirathen kann oder die zur Zeit mit einem Andern verheirathet iſt [f], die Einſetzung des Regenten litis causa, d. h. um einem Proceßgegner zu ſchaden [g], und jede captatoriſche Verfügung [h], d. h. eine ſolche, die an die Bedingung geknüpft iſt, daß der Bedachte künftig in ſeinem letzten Willen den Erblaſſer oder eine andere beſtimmte Perſon wieder bedenken werde [3]. Der Wille muß ferner 5) beſtimmt ſein [4]; daher iſt ungültig die Verfügung, welche geradezu

[c] cap. 10. X. de testam. 3 26.

[a] L. 1. §. 3. D. de vulg. subst. 28. 6. [b] L. 9. pr. §. 1...7. D. de hered. instit. 28. 5. L. 2. §. 7. D. de b. p. s. t. 37. 11. [c] L. 72. §. 6. in f. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. α) L. 27. §. 4. L. 28. D. de inoff. test. 5. 2. L. 92. D. de hered. instit. 28. 5. L. 9. 10. Cod. de test. milit. 6. 21. β) L. 4. 7. Cod. de hered. instit. 6. 24. L. 5. Cod. de testam. 6. 23. [d] arg. not. b. c. L. 20. §. 10. D. qui test. fac. 28. 1. L. 1. Cod. si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit. 6. 34. cf. Dig. 29. 6. [e] L. 3. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. [f] §. 28. J. de legat. 2. 20. L. 9. §. 1. 3. 4. D. de lib. et post. 28. 2. [g] L. 91. D. de hered. instit. 28. 5. [h] L. 29. 70. 71. D. eod. L. 64. D. de legat. I. L. 1. D. de his quae pro non script. 34. 8. L. 20. §. 2. D. de cond. instit. 28. 7. L. 11. Cod. de test. mil. 6. 21. (§. 68. Anm. 2.).

in die Willkür eines Dritten gestellt ist [i], obwohl durch eine Bedingung die Wirksamkeit einer Verfügung indirect von dem Willen eines andern abhängig gemacht werden kann [k]. Endlich 6) muß der Wille, und zwar vollständig [l], erklärt sein [m], wenn auch nicht vollkommen deutlich [n]; eine Unrichtigkeit in der Bezeichnung, es sei der Person des Bedachten [o], oder des Gegenstandes der Verfügung [p], schließt die Gültigkeit der letzten nicht aus, wenn gleichwohl der Wille erkennbar ist. Ungültig aber ist die Verfügung, wenn der Bedachte nur durch eine für ihn schimpfliche Bezeichnung erkennbar gemacht ist [q].

Um die Gewißheit des Willens zu sichern, ist übrigens durch ein Sc. Libonianum jede Verfügung zu Gunsten desjenigen, welcher das Testament für den Erblasser schreibt (ausgenommen, wenn er der einzige Intestaterbe wäre), soweit sie ihm Vortheil bringt, für nichtig erklärt, falls nicht der Erblasser dieselbe entweder bei seiner Unterschrift oder durch besondere Unterzeichnung bestätigt [r].

Anm. [1] Fälle der Art sind nach not. c. *a.* irrige Voraussetzung des Todes einer Person, die der Testator sonst vorgezogen hätte; nach c. *β.* irrige Annahme einer Verwandtschaft, ohne welche er nicht so verfügt hätte. Vgl. Sav. III. S. 377. fg. Sonst gilt die Regel: falsa causa adiecta non nocet. L. 72. §. 6. D. de cond. et dem. L. 1. 2. Cod. de falsa causa adiecta. 6. 44. – Dem eingesetzten Erben, der als untergeschobenes Kind erwiesen ist, soll nach L. 46. pr. D. de iure fisci. 49. 14. die Erbschaft zum Vortheil des fiscus entrissen werden; des Irrthums ist dabei nicht erwähnt.

[2] Eine erzwungene letztwillige Verfügung halten die Meisten mit Recht für ungültig. Dafür spricht nicht nur die durchgreifende Berücksichtigung des wahren Willens des Erblassers (not. b. c.), wofür der gezwungene noch weniger als der durch Irrthum veranlaßte gelten kann, sondern allerdings auch L. 1. Cod. h. t. und die Analogie von L. 20. §. 10. cit. (not. d.); denn ein zum Zeugniß Gezwungener könnte an sich noch immer einen vollgültigen Zeugen abgeben, während der, qui coactus voluit, im prägnantern Sinne doch eigentlich nolunt. So auch das Oest. Gstzb. §. 566. vgl. Preuß. Ldrt. I. 12. §. 24. 25. I. 4. §. 31...33. Manche sind aber anderer Meinung. Puchta §. 472. 483. 484. erklärt die erzwungene Verfügung nur für rescissibel, ohne genau zu bestimmen.

[i] L. 32. pr. 68. D. de hered. instit. 28. 5. L. 52. D. de cond. et dem. 35. 1. (§. 6. Anm. 3.). [k] L. 68. cit. L. 1. pr. D. de legat. II. L. 43. §. 2. D. de legat. I. cf. L. 16. §. 2. D. de fideicomm. lib. 40. 5. [l] L. 25. D. qui test. fac. 28. 1. L. 9. §. 5. D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 8. Cod. de inst. et subst. 6. 25. [m] L. 9. pr. §. 9. L. 62. §. 1. eod. L. 3. D. de reb. dub. 34. 5. L. 4. pr. D. de legat. I. [n] L. 62. cit. L. 33. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. Dig. de rebus dubiis. 34. 5. (§. 75.). [o] L. 16. §. 3. D. de hered. inst. 28. 5. L. 33. pr. 34. pr. D. de cond. et dem. 35. 1. [p] §. 30. J. de legat. 2. 20. [q] L. 9. §. 8. D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 48. §. 1. eod. [r] L. 6. 10. 11. 14. 15. D. de lege Cornelia de falsis et de senatusconsulto Liboniano. 48. 10. Cod. de his qui sibi adscribunt in testamento. 9. 23.

durch wen und wie? Eben ſo Seuffert §. 534. Damit ſtimmt jetzt auch Bang. (6. Aufl.) §. 431. überein, indem er ſpeciell die geſetzlichen oder die in einem frühern gültigen Teſtament eingeſetzten Erben als die durch den verübten Zwang unmittelbar beſchädigten Perſonen bezeichnet, welchen regelmäßig die Anfechtung des erzwungenen Teſtaments durch restitutio, actio quod metus causa, exceptio metus zuſtehe, während derſelbe früher mit Roßhirt, Vermächtniſſe I. S. 337. fg. Sintenis §. 171. not. 53 b. u. a. annahm, daß der Gegenſtand der erzwungenen Diſpoſition immer als Ereptitium an den Fiscus falle, ohne Anſtoß zu nehmen an dem Reſultat, daß darnach die Erbſchaft des Gezwungenen, der gar kein Teſtament errichten wollte, dem Fiscus in den Schooß falle, und obwohl es an einem directen Beweiſe dafür fehlt; denn L. 2. §. 2. D. h. t. 29. 6. gibt ihn nicht (vgl. pr. §. 1. ibid.), trotz der L. 19. D. de his quae ut indign. 34. 9. Bang. a. a. O. Aber auch des letzten jetzige Meinung entbehrt jeder poſitiven Stütze. Das Edict über metus und die in integrum restitutio propter metum können nicht hierher bezogen werden, da beide nur auf Beſeitigung einer dem Gezwungenen zugefügten Läſion gerichtet ſind, von der hier keine Rede ſein kann, und die civilis disceptatio in L. 1. Cod. cit. iſt gewiß eben ſo wenig auf jene Rechtsmittel als auf die Ereption durch den Fiscus zu beziehen, ſondern wird am einfachſten von dem durch die gewöhnlichen Erbrechtsklagen herbeigeführten Streite über die Gültigkeit des Teſtaments verſtanden. Uebrigens vgl. noch §. 520. Anm. 1. f.

[3] „Die captirte Diſpoſition für ungültig zu halten (Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40. S. 221. fg.), iſt ein Irrthum, der kaum den Schein eines Grundes für ſich hat." Puchta §. 472. not. g. — Nach älterem R. R. war auch ungültig die letztwillige Verfügung, die weſentlich nur den Zweck der Beſtrafung eines andern hatte (poenae nomine relictum); nach Juſt. Recht iſt ſie gültig, wenn nur nicht die Unterlaſſung von etwas Unmöglichem oder Unſittlichem oder das Thun von rechtlich oder ſittlich Gebotenem mit einem Nachtheil bedroht wird. L. un. Cod. de his quae poenae nomine in testamento vel codicillis relinquuntur. 6. 41. §. ult. J. de legat. 2. 20. cf. Dig. de his quae poenae causa relinquuntur. 34. 6.

[4] Certum consilium debet esse testantis. Ulp. XXII. 4. Dies wird als Grund angeführt für den Satz des alten Rechts, daß eine incerta persona nicht eingeſetzt werden könne. Gai. II. 238. Nach Juſtinianiſchem Recht iſt dies möglich, ſofern nur die jetzige Unbeſtimmtheit ſpäter beſeitigt werden kann. §. 25...27. J. de legat. 2. 20. L. un. Cod. de incertis personis. 6. 48. (lex restituta). Vgl. Heimbach in Linde's Ztſchr. n. F. V. 1. Dennoch (not. i. k.): L. 32. pr. D. de hered. instit. Illa institutio: *quos Titius volucrit*, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; und L. 68. eod. Atquin si quis ita scripserit: *si Titius voluerit, Sempronius heres esto*, non valet institutio; obwohl ſie gültig wäre sub hac conditione: *si Titius in Capitolium ascenderit*. Aber: L. 1. pr. D. 31. In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest; quid enim interest: *si Titius in Capitolium ascenderit*, mihi legetur, an: *si volucrit*? und L. 43. §. 2. D. 30. Legatum in alienа voluntate poni potest, in heredis non potest. L. 46. §. 2. D. 40. 5.

Sed si ita adscriptum sit: *si Scius voluerit, Stichum liberum esse* volo, mihi videtur posse dici, valere libertatem, quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset: *si Titius Capitolium ascenderit*. Ueber die Vereinigung dieser Stellen vgl. Bang. §. 432. Sav. III. S. 133 fg. Puchta §. 472. not. l. Sint. §. 171. not. 4. Mayer v. Legaten §. 31. Anm. 12. — Eine Aufhebung des römischen Rechtsatzes hat man finden wollen in cap. 13. X. de testam. 3. 26. Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus. So wieder Mayer a. a. O. Anm. 13. S. dagegen Böhmer annot. ad. h. l. Bang. §. 432. a. E. Bekker in Reyscher's Ztschr. f. deutsches Recht IX. S. 146. fg. 192. fg. — Zulässig ist es, unter mehreren alternativ bedachten Personen einem Andern die Auswahl zu überlassen, bei deren Unterlassung dann alle gleichberechtigt sind. L. 24. D. de legat. II. Das einfache *ille aut ille* aber soll schlechthin copulativ (*ille et ille*) verstanden werden. L. 4. Cod. de V. S. 6. 38.

b) Von der Erbeinsetzung insbesondere [1].

§. 492.

a) Fähigkeit des eingesetzten Erben.

Zur Gültigkeit der Erbeinsetzung [a] ist testamenti factio (leg. t. f. passiva) des Eingesetzten, die Fähigkeit eingesetzt zu werden, erforderlich [b], und zwar zur Zeit der Testamentserrichtung [c], während die Fähigkeit, aus dem Testament zu erwerben (capacitas) [2], nicht nothwendig schon in diesem Zeitpunkte vorausgesetzt wird [3]. Unfähig, eingesetzt zu werden, sind überhaupt erbunfähige Personen [4]. Zulässig ist die Einsetzung eines noch Ungebornen [e], Postumus [5]. Juristische Personen können eingesetzt werden, sofern sie als erbfähig anerkannt sind [f], und milde Stiftungen können durch Erbeinsetzung auch erst geschaffen werden [g].

Eine Beschränkung der Capacitas findet statt nach §. 417. 2. und für natürliche Kinder und deren Mutter [h], welchen zusammen vom Erzeuger nicht mehr als $^1/_{12}$ der Erbschaft, der Mutter allein nicht mehr als $^1/_{24}$, hinterlassen werden kann, wenn rechtmäßige Kinder vorhanden sind [5].

[a] Inst. de heredibus instituendis. 2. 14. Dig. 28. 5. Cod. de heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt. 6. 24. [b] Ulp. XXII. 1. 2. (§. 4.) [c] §. 4. J. de hered. qual. 2. 19. L. 49. §. 1. D. h. t. 28. 5. cf. L. 201. 210. D. de R. J. [d] L. 62. pr. D. h. t. cf. L. 51. pr. L. 52. D. de legat. II. Ulp. XVII. 1. VI. 8. 14. Gai. II. 111. 144. 286. [e] pr. J. de bon. poss. 3. 9. §. 28. J. de legat. II. 20. L. 6. D. de ventre in poss. mitt. 37. 9. L. 3. D. de b. p. s. t. 37. 11. [f] L. 8. 12. Cod. h. t. (cf. L. 1. §. 1. D. de libert. univ. 38. 3.). L. 1. 13. 22. 23. (46.) Cod. de sacrosanct. eccles. 1. 2. nov. 131. cap. 9. (§. 471.) [g] L. 24. 49. Cod. de episcop. et cler. 1. 3. nov. 131. cap. 11. cf. L. 28. Cod. l. c. §. 46. Anm. 4. [h] nov. 89. cap. 12. §. 2. 3. cap. 13. cf. L. 2. 8. Cod. de natural. lib. 5. 27.

Anm. [1] Vgl. überhaupt Mühlenbruch in der Fortſetzung von Glück's Pand. Bd. 39. S. 116...470. Bd. 40. S. 1...247. Arndts, Art. Erbeinſetzung im Rtslex. III. S. 907...939.

[2] Ueber den Unterſchied zwiſchen Teſtamentifactio und Capacitas ſ. Mühlenbruch Bd. 39. S. 117. fg. Bang. §. 429. Arndts a. a. O. S. 908 fg. Wichtige Fälle bloßer Incapacität beſtanden im ältern Recht nach der Lex Julia et Papiá Poppaea bei Ehe- und Kinderloſen, und nach der Lex Junia Norbana bei Latini Juniani; beide ſind im Juſt. Recht antiquirt. In dieſem kommt noch vor eine Incapacität der mulieres probrosae (L 41. §. 1. D. de testam. mil. 29. 1. cf. L. 23. Cod. de nupt. 5. 4.) und der indigni (Dig. 34. 9.). — Auf die Capacität bezieht ſich L. 62. pr. D. h. t. In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse, benevolentiae est, veluti: *Lucius Titius quum capere potuerit, heres esto.* Idem et in legato. Mit Unrecht haben darauf Manche (Mühlenbruch S. 145. fg. Mayer Erbr. I. S. 45.) die Behauptung gegründet, es könne ein zur Zeit Unfähiger unter der Bedingung eingeſetzt werden, wenn er ſpäter die Teſtamentifactio erlange. Arndts im Rh. Muſ. V. S. 212. fg. im Rtslex. S. 910. — Privilegirt ſind in Beziehung auf das fragliche Erforderniß einer gültigen Erbeinſetzung die Soldaten. L. 13. §. 2. D. de testam. mil. 29. 1. L. 5. Cod. eod. 6. 21.

[3] Vgl. §. 471. Möglichkeit der Einſetzung von Sklaven, der eigenen des Teſtators mit teſtamentariſcher Freilaſſung, oder fremder, deren Herr testamenti factio hatte: pr....§. 3. J. h. t. 2. 14. cf. Gai. II. 185...189. Ulp. XXII. 7...13. — Nicht unfähig iſt der intestabilis als ſolcher. L. 18. §. 1. L. 26. D. qui test. fac. 28. 1. vgl. §. 484. Anm. 2.

[4] Ob nur ein Poſtumus, der Deſcendent des Teſtators iſt? Heumann in Linde's Ztſchr. XIX. 10. S. 331. 338. fg. Dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 378 fg. Heimbach in Linde's Ztſchr. n. F. V. S. 15. fg. vgl. §. 491. not. e.

[5] Im R. R. bezieht ſich dieſe Beſtimmung nur auf Concubinenkinder; ihre heutige Anwendbarkeit iſt daher beſtritten. Mühlenbruch a. a. O. S. 323 fg. Bang. §. 429. Anm. 2. „Allein die fragliche Beſchränkung hat ihren Grund in der Verwerflichkeit des Concubinats (L. 8. Cod. 5. 27.); es wäre aber wahrlich ſonderbar, jene nun für aufgehoben anzuſehen, nachdem dieſe Verwerflichkeit durch die geſetzlich ausgeſprochene Unerlaubtheit des Concubinats noch geſteigert worden. Mit Recht wird vielmehr von Andern ſogar die Ausdehnung jener Beſchränkung auf die spurii behauptet." Arndts im Rtslex. III. S. 917. vgl. §. 476. Puchta §. 471. not. d. Mayer I. S. 43. 44. Dagegen freilich wieder Bang. a. a. O. (in d. 6. Aufl.). Seuffert's Arch. VIII. 68.

§. 493.

β) Form der Erbeinſetzung.

Die Erbeinſetzung erfordert eine Erklärung, welche den Willen des Erblaſſers, eine näher bezeichnete Perſon [a] zum Erben zu berufen,

[a] L. 9. §. 9. D. h. t. 28. 5.

in beliebigem Ausdruck, aber hinreichend bestimmt, ausspricht [b], nicht bloß vermuthungsweise errathen läßt [1]. Zur Bezeichnung des Erben kann, wie der Name, so auch ein anderes Kennzeichen dienen [c]. Auch kann der Testator auf eine andere Urkunde verweisen, worin der Erbe angegeben seyn werde [d], sog. institutio mystica [1] (testamentum mysticum). Die Erbeinsetzung sollte ihrem Wesen gemäß nur auf die Erbschaft schlechthin oder einen Bruchtheil derselben (sog. pars quota) gerichtet seyn. Hat jedoch der Erblasser diesem zuwider Jemanden zum Erben eingesetzt auf einen bestimmten Vermögens-Gegenstand oder Bestandtheil oder auf eine bestimmte Summe, so wird diese Verfügung in der Regel gleichwohl als wahre Erbeinsetzung aufrecht erhalten [e], als ob jene Beschränkung nicht hinzugefügt wäre [3]. Indessen wird doch auch dem darin enthaltenen beschränkenden Willen des Erblassers Folge gegeben, in so fern man darin ein dem so eingesetzten Erben auferlegtes Fideicommiß erkennt, sei es zu Gunsten der Intestaterben oder der in einem früheren Testament eingesetzten Erben [5] oder der Miterben [h] oder auch bestimmter anderer Personen [4], wogegen dann jener den ihm bestimmten Gegenstand von diesen als Vermächtniß zurückempfängt, in gleicher Weise, als wenn Jemand zwar schlechthin zum Erben eingesetzt, aber mit bestimmten Vermögensgegenständen sich zu begnügen angewiesen ist [i]. Insbesondere wird, wenn neben anderen gehörig Eingesetzten Jemand in jener an sich ungehörigen Weise zum Erben ernannt ist, der letzte in Concurrenz mit den ersten von vornherein als bloßer Vermächtnißnehmer behandelt, als ob er denselben seinen Erbtheil sofort nach der Antretung als Universal-fideicommiß restituirt hätte [k], während sich in andern Beziehungen seine Erbeseigenschaft allerdings noch geltend machen kann [5]. Ist umgekehrt Jemand mit Ausnahme eines gewissen Gegenstandes zum Erben eingesetzt, so gilt er durchaus als wirklicher Erbe, muß aber ebenfalls das dem erkennbaren Willen des Erblassers gemäß in jener beschränkenden Verfügung verborgene Vermächtniß anerkennen [l].

[b] L. 15. Cod. de testam. 6. 23. cf. L. 1. §. 5. 7. L. 48. pr. D. h. t. 28. 5. Ga. I. 116. 117. Ulp. XXI. [c] L. 9. §. 8. D. h. t. cf. §. 491. not. k... p. [d] L. 77. D. h. t. cf. L. 10. Cod. de cond. inst. 28. 7. [e] L. 1. §. 4. L. 9. §. 13. L. 10. 11. D. h. t. L. 41. §. 8. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. L. 29. D. ad Sc. Treb. 36. 1. [f] cf. L. 69. pr. D. de legat. II. cf. §. 25. J. de legat. II. [g] L. 29. cit. §. 3. J. quib. mod. test. infirm. 2. 17. [h] L. 35. L. 78. pr. D. h. t. L. 17. pr. D. de test. mil. 29. [i] L. 69. pr. cit. [k] L. 13. Cod. h. t. cf. L. 1. Cod. Greg. de fam. erc. 3. 6. [l] L. 3. D. h. t. L. 86. pr. D. de legat. II.

Anm. [1] Daher: in conditione positus non est in dispositione. L. 19. D. h. t. L. 16. §. 1. D. de vulg. subst. 28. 6., denen L. 85. D. h. t. nicht widerſpricht. Mühlenbruch Bd. 40. S. 234. fg. Puchta §. 473. not. c. Jedoch anderer Meinung Bang. §. 449. Anm. 1. arg. L. 15. Cod. de testam. (not. b.).

[2] Streitig, ob dieſe auch bei mündlichem Teſtament zuläſſig? Weber L. 21. pr. D. qui test. fac. 28. 1. noch die NO. §. 8. ſteht dem entgegen. Arndts a. a. O. S. 919. not. 77.

[3] L. 1. §. 4. D. h. t. Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione. L. 9. §. 13. eod. Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur. L. 29. D. ad. Sc. Treb. „licet in eo (testamento) certarum rerum heres scriptus sit, perinde valere, ac si rerum mentio facta non esset.“ — Eine ſehr gründliche und erſchöpfende Bearbeitung dieſer bisher ſehr ſtreitigen Lehre beſitzen wir jetzt in folgendem Werke, das die ganze ältere Literatur darüber entbehrlich macht: Die heredis institutio ex re certa. Eine civiliſtiſche Abhandlung von Dr. Carl Reuner. Gießen 1853. (556 S.). Vgl. Bang. 6. Aufl. II. §. 449. Anm. 2. — Ein hierhergehöriger Fall iſt auch der, wenn Jemand auf den Nießbrauch des Vermögens eingeſetzt iſt, worüber Reuner S. 548 fg. Bang. S. 185. fg. — Eine Ausnahme von der Regel (not. e.) kann durch den Willen des Erblaſſers begründet ſein, L. 9. §. 13. in f. D. h. t. §. 494. Anm. 1., und tritt insbeſondere beim Soldatenteſtament ein. L. 6. 17. D. de test. mil. 29. vgl. §. 494. Anm. 4. Reuner S. 483...526.

[4] Die Möglichkeit eines ſolchen Fideicommiſſes zu Gunſten irgend welcher vom Erblaſſer beſtimmt bezeichneter Perſonen iſt nach allgemeinen Grundſätzen unzweifelhaft; zu Gunſten der Miterben (not. h.) und der in früherem Teſtament Eingeſetzten (not. g.) wird es als ſtillſchweigend angeordnet angenommen; zu Gunſten der Inteſtaterben ſchlechthin, nicht etwa beſtimmter Perſonen, die zur Zeit die nächſten Inteſtaterben ſein würden, L. 69. pr. in nota f. cit.) war es nach älterem Recht ſeit Hadrian (Gai. III. §. 287.) unmöglich, weil jene incertae personae waren; nachdem aber im Juſtinianiſchen Recht Vermächtniſſe an incertae personae für zuläſſig erklärt worden ſind, wird man auch in der fraglichen Beſchränkung des eingeſetzten Erben ein Fideicommiß zu Gunſten der noch unbeſtimmten künftigen Inteſtaterben anzuerkennen nach Analogie von L. 69. pr. cit. meiſtens berechtigt ſeyn.

[5] L. 13. Cod. h. t. (Justinian. a. 529.) Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, sec aliquam deminutionem earumdem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri. Reuner S. 384 fg.

§. 494.

γ) Einsetzung mehrerer Erben.

Der Testator kann mehrere Erben ernennen, so viele ihm beliebt [a]. Bestimmt er nicht anders, so sind diese zu gleichen Theilen eingesetzt [b]. Dies gilt auch dann, wenn sie auf verschiedene Summen oder Sachen oder selbst verschiedene Theile derselben Sache eingesetzt sind [c], sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers klar erkennbar ist, namentlich etwa die Absicht, in solcher Weise demnach in der That nur das Verhältniß der Erbtheile zu bestimmen [1]. Er kann aber auch den einzelnen Erben beliebig die Erbtheile bestimmen [2], direkt [d] oder indirekt [e], auch stillschweigend durch die Art der Erbernennung [f], indem er mehrere im Gegensatz der übrigen zusammen ernennt [3], sowie auch ausdrücklich mehrere zu einem bestimmten Erbtheil vereinigt werden können [g]. Die festgesetzten Erbtheile vergrößern sich nach Verhältniß, wenn sie das Ganze nicht erschöpfen [4], vermindern sich, wenn sie dasselbe überschreiten [h]. Ist aber einem oder einigen Erben der Erbtheil bestimmt, andern nicht, so bekommen die letzten zu gleichen Theilen, was übrig ist [i], und wenn die den ersten angewiesenen Erbtheile das Ganze schon erschöpfen oder überschreiten, so werden diese auf ½, nöthigenfalls auf ⅓ u. s. w. herabgesetzt [5], um für die übrigen noch einen Antheil zu gewinnen [k], es wären denn diese ausdrücklich nur „auf den Rest" eingesetzt, wo keiner mehr vorhanden ist [l].

[1] L. 10. D. h. t. Si alterius atque alterius fundi pro partibus quas heredes instituerit, perinde habebitur, quasi non adiectis partibus heredes scripti essent, nec enim facile *sed diversitate pretium* portiones invenientur; ergo expeditius est, quod Sabinus scribit, perinde habendum ac si nec fundum nec partes nominasset. So der Text der Florentina: aber Torelli bessert: *ex diversitate partium;* andere Handschriften haben: sed diversitate *praediorum*, und so liest Haloander: *ex diversitate praediorum.* Vgl. Rezens. a. a. O. S. 135 fg. Dieser billigt die Torellische und bekämpft die von Rudorff Bd. 40 S. 181 gebilligte Haloandrische Lesart: mit Unrecht; denn allerdings ist es die Verschiedenheit der beiden Ganzen, von denen Theile genommen sind, welche die Ermittelung entsprechender Erbtheile besonders schwierig macht.

[a] §. 1. J. h. t. 2. 14. [b] §. 6. J. eod. L. 9. §. 12. D. h. t. 28. 5. [c] L. 9. §. 13. L. 10. 11. D. eod. cf. §. 493. not. e... l. [d] L. 13. §. 1. eod. L. 67. §. 1. L. 81. pr. eod. [e] L. 2. 36. 81. §. 1. eod. L. 12. D. de b. p. c. t. 37. 11. [f] L. 11. 13. pr. L. 59. §. 2. D. h. t. cf. L. 66. eod. [g] L. 132. D. de V. S. L. 15. pr. D. h. t. [h] §. 5. 7. J. h. t. 2. 14. L. 13. §. 2... 7. D. h. t. cf. L. 23. Cod. de testam. 6. 37. [i] §. 6. J. h. t. L. 17. pr. §. 1. D. eod. [k] §. 6. 8. J. h. t. L. 17. §. 3. L. 18. 20. §. 1. L. 87. D. eod. [l] L. 17. §. 3. L. 78. §. 3. L. 79. eod.

Bei der Erbeinſetzung auf Theile deſſelben Grundſtücks iſt dieſe leichter gegeben, und wird daher auch in L. 9. §. 13. in f. für dieſen Fall eine darauf gerichtete Willensinterpretation vorbehalten. Vgl. §. 493. Anm. 3. Neuner S. 134.

[2] Die Römer nennen das Ganze As (daher heres ex asse der einzige Erbe), und theilen es in 12 unciae, deren mehrere vereinigt, von 2 bis 11 aufwärts, wie folgt, bezeichnet werden: sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx; semuncia = $^1/_2$ uncia = $^1/_{24}$; sescunx oder sescuncia = $1^1/_2$ uncia = $^1/_8$. cf. §. 5. J. h. t. L. 13. §. 1. L. 50. §. 2. D. h. t. Der Teſtator war aber an dieſe Eintheilung und Benennung keineswegs gebunden (not. d. e.)

[3] Z. B. *Titius una cum filiis et Sempronius heredes sunto* (L. 11. Cod. 6. 26.), oder *Primus et fratris mei filii heredes sunto* (L. 13. pr. D. h. t.). Anders erklärte man es, wenn geſagt war: *Primus et fratris mei filii aeque heredes sunto;* nam haec adiectio declarat, omnes ex virilibus partibus institutos:... qua detracta, semissem fratris filii, semissem Primus haberet. L. 13. pr. cit. cf. L. 66. eod. Vgl. Seuffert's Arch. VIII. 151. — Die zu einem gemeinſchaftlichen Erbtheil Verbundenen (not. f. g.) heißen coniuncti, re coniuncti, und, wenn ſie in derſelben Satzverbindung ernannt ſind, re et verbis coniuncti.

[4] Darnach gilt der einzige ernannte Erbe als heres ex asse institutus, wenn er auch ausdrücklich auf einen Theil oder auf beſtimmte Sachen eingeſetzt iſt. L. 1. §. 4. D. h. t. L. 41. in f. D. de vulg. subst. 28. 6. — Der Grund davon liegt in der Regel des §. 470. Daher auch eine Ausnahme bei Soldatenteſtamenten. L. 6. 17. pr. §. 1. D. de testam. mil. 29. 1. L. 1...3. Cod. eod. 6. 21.

[5] Die Römer nahmen hier einen Doppel-As an, von 24 (Halb-) Unzen, dupondius (darauf bezieht ſich der Ausdruck in alium assem venire), und gingen nöthigenfalls zu einem dritten As über, ſo daß das Ganze in 36 (Drittel-) Unzen zerfiel u. ſ. w. (not. k.). Vgl. Arndts a. a. O. S 921. fg.

§. 495.

δ) Nebenbeſtimmungen der Erbeinſetzung.

Die Wirkſamkeit der Erbeinſetzung kann weder durch eine wahre Zeitbeſtimmung (§. 73.) aufgeſchoben, noch auf eine gewiſſe Dauer beſchränkt werden [1]. Eine Nebenbeſtimmung dieſer Art wird als nicht beigefügt angeſehen [a], ausgenommen in Soldatenteſtamenten [b]. Allgemein zuläſſig iſt es dagegen, die Erbeinſetzung von einer (Suſpenſiv-) Bedingung abhängig zu machen [c]; nur die unmögliche oder unſittliche Bedingung gilt für nicht geſchrieben [d]. Die Erfüllung

[a] §. 9. J. h. t. 2. 14. L. 34. D. eod. 28. 5. L. 88. eod. [b] L. 15. §. 4. L. 41. pr. D. de testam. mil. 2. 19. [c] Dig. de conditionibus institutionum. 28. 7. [d] §. 10. J. l. c. L. 1. 6. 9. 14. 15. D. l. c. L. 45. D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 6. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. §. 72. Anm. 2...5.

der Bedingung [2] kann in der Regel sowohl bei Lebzeiten des Testators als nach dessen Tode [e], muß aber jedenfalls noch bei Lebzeiten des Eingesetzten geschehen [f], damit die Erbeinsetzung als unbedingt wirksam werde. Besteht die Bedingung in einer willkürlich zu wiederholenden Handlung des Eingesetzten, so muß diese in der Regel nach dem Tode des Testators und mit Rücksicht auf dessen Willen vorgenommen werden [g].

Ist die Bedingung beim Tode des Erblassers noch schwebend, so wird die Delation der Erbschaft noch aufgeschoben. Allein der Eingesetzte kann einstweilen schon bonorum possessio erlangen [h], muß aber Caution leisten wegen Restitution der Erbschaft, falls die Erfüllung der Bedingung ausbliebe [i]. Bei einer negativen Potestativbedingung insbesondere kann der Eingesetzte durch Leistung der zunächst für Legatarien eingeführten Mucianischen Caution [k] den Zutritt zur Erbschaft gewinnen [3]. Auch ein Modus (§. 74.) kann der Erbeinsetzung hinzugefügt, und zu dessen Erfüllung der Erbe theils indirekt vom Testator selbst durch Androhung einer Strafe [l], theils von demjenigen, dessen Vortheil die Auflage bezweckt [m], theils von Miterben [n], und nöthigenfalls durch obrigkeitliches Einschreiten [o] angehalten werden. Als Modus aber wird es auch behandelt, wenn die Einsetzung an die Bedingung geknüpft ist, eidlich eine gewisse Leistung zu versprechen [p].

Anm. [1] Demnach ist eine Resolutivbedingung unzulässig. §. 68. Anm. 3. Man hat behauptet, dieselbe sey in die entgegengesetzte Suspensivbedingung zu verwandeln: arg. L. 10. 14. D. de adim. leg. 34. 4. L. 107. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 6. pr. D. quando dies. 36. 2. Wening-Ingenheim im civ. Arch. I. 9. Zimmern VII. 7. Dagegen Thibaut daſ. V. 13. VII. 19. Mühlenbruch Bd. 40. S. 190. fg. Bang. §. 434. Anm. 1.

[2] Vgl. §. 69. Nach besonderer Bestimmung kann die Erfüllung der Bedingung, wenn der Eingesetzte Kinder haben werde, durch das solenne Gelübde der Keuschheit ersetzt werden. L. 53. §. 2. D. de episcop. 1. 3. — Ist der

[e] L. 2. 21. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 10. pr. L. 19. pr. eod. L. 10. § 1 L. 11. eod. [f] L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. cf. L. 59. 101. D. l. c. L. 28 D. h. t. 28. 5. [g] L. 2. 11. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. [h] L. 5. pr. 6. 10. 12 D. de b. p. s. t. 37. 11. cf. L. 3. §. 13. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 23. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. [i] L. 12. D. qui satisd. cog. 2. 8. L. 8. D. de stip. praet. 46. 5 cf. L. 1. §. 7. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. nov. 22. cap. 44. §. 9. [k] L. 7. pr. 18 D de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 72. §. 2. L. 73. 79. 101. §. 3i L. 106. eod. [l] L. 6 pr. L. 27. D. l. c. [m] L. 2. Cod. de his quae sub modo. 6. 45. §. 36. J. de legat. 2. 20. [n] L. 18. §. 2. L. 44. in f. D. fam. erc. 10. 2. L. 7. D. de annuis. 33. 1. [o] L. 7. cit. L. 50. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. [p] L. 8. D. h. t. 28. 7. cf. § 72. Anm. 5.

Erbeinſetzung alternativ bedingt, ſo braucht nur die eine oder die andere Thatſache einzutreten, damit die Erbeinſetzung vollſtändig wirkſam werde. §. 11. J. h. t. 2. 14. L. 5. D. h. t. 28. 7. L. 78. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. Eben ſo, wenn Jemand mehrmals unter verſchiedenen Bedingungen, nicht auf verſchiedene Erbtheile eingeſetzt iſt. L. 17. 27. §. 1. 2. L. 56. §. 6. L. 67. D. de hered. instit. 28. 5. Für den Fall, daß einem Haupterben unter alternativer Bedingung ein anderer beigefügt (adjicirt) wird, iſt anderer Meinung Huſchke in Linde's Ztſchr. XII. S. 393. fg. XV. S. 261. fg. Dagegen Arndts daſ. XIII. S. 297. fg. XIX. S. 370. fg.

[a] Anſpruch auf die Cautionsleiſtung haben Subſtituten, Miterben, Inteſtaterben. Das letzte wird (mit Ausnahme eines durch nov. 22. cap. 44. ſpeciell entſchiedenen Falles) von Manchen geläugnet und behauptet, die Einſetzung eines einzigen Erben unter negativer Proteſtativbedingung ſey, wenigſtens wenn auch kein Subſtitut ernannt worden, als unbedingte anzuſehen. arg. L. 4. §. 1. D. h. t. 28. 7. L. 7. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. Vang. §. 436. (6. Aufl. II. S. 153. fg.) Dagegen Arndts Beitr. I. S. 187. fg. und im Rtsler. III. S. 930...934.

a) Subſtitutionen [a].

§. 496.

aa) Vulgarſubſtitution [b].

Der Erblaſſer kann verſchiedene Grade der Erbeinſetzung machen [c], d. h. mehrere Perſonen nach einander zu Erben ernennen, ſo daß die Erbeinſetzung der einen nur für den Fall gelten ſoll, wenn eine andere vorgehend berufene nicht Erbe werde. Eine Erbeinſetzung unter ſolcher Bedingung (si alius institutus heres non erit) heißt Vulgarſubſtitution [1]. Vermöge derſelben wird die Erbſchaft erſt dann deferirt [d], wenn entſchieden iſt, daß der vorgehende, weil er nicht will oder nicht kann [2], nicht Erbe werde [e], noch auch vermöge ſeiner Erbeinſetzung durch ihn oder anſtatt ſeiner ein anderer [f] die Erbſchaft erwerbe [3]. Doch kann er als bedingt Eingeſetzter auch inzwiſchen ſchon bonorum possessio erlangen [g], wenn ſie der vorgehende nicht rechtzeitig agnoſcirt. Wer mehreren Miterben gemeinſchaftlich ſubſtituirt iſt, wird erſt dann berufen, wenn keiner von jenen erbt [h]; ebenſo wer einem Subſtituten ſubſtituirt iſt, dann, wenn alle vorgehenden weggefallen ſind [i]. Wer aber einem Subſtituten, der außerdem noch inſtituirt iſt, ſubſtituirt iſt [4], kann der Regel nach

[a] Dig. de vulgari et pupillari substitutione. 28. 6. Cod. de impuberum et aliis substitutionibus. 6. 26. [b] Inst. de vulgari substitutione. 2. 15. [c] L. 36. D. h. t. 28. 6. pr. J. h. t. 2. 15. [d] L. 9. D. de suis. 38. 16. [e] L. 3. Cod. de hered. instit. 6. 24. [f] §. 4. J. h. t. L. 40. D. de hered. instit. 28. 5. [g] §. 495. not. h. [h] cf. L. 42. D. h. t. 28. 6. [i] §. 1. J. h. t. L. 36. pr. §. 1. D. h. t.

in beiden Beziehungen an dessen Stelle treten [k]. Auch Eingesetzte können einem andern Eingesetzten und alle einander gegenseitig [5] substituirt werden [l]; sie erben dann als Substituten im Zweifel nach demselben Verhältniß, wie als Instituti [m]; wenn ihnen aber noch ein anderer Nichteingesetzter beigefügt ist, so wird für diesen vorerst ein Kopftheil der Substitutionsportion ausgeschieden [n]. Uebrigens gilt von der Substitution, was von der Erbeinsetzung überhaupt (§. 492...495.).

Anm. [l] Vgl. überhaupt Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40. S. 248 fg. Arnts Rtslex. Bd 9. Art. Substitution.

[2] Man bezeichnet diese beiden Fälle durch die barbarischen Ausdrücke: casus noluntatis und casus impotentiae. Durch den Willen des Testators kann die Substitution auch wohl nur auf einen dieser Fälle, und selbst auf einen nur specieller bestimmten Fall des Nichterbens beschränkt werden, aber auch ungeachtet einer solchen Beschränkung in der Willenserklärung dennoch der Wille auf beide Fälle gerichtet seyn. Mühlenbruch S. 301 fg.

[3] §. 4. J. h. t. Illa enim verba: *si heres non erit*, in eo quidem quem alieno iuri subiectum esse testator scit, sic accipiuntur: *si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit;* in eo vero, quem paterfamilias esse arbitratur, illud significant: *si hereditatem sibi vel ei, cuius iuri postea subiectus esse coeperit, non adquisierit.* vgl. 506. 512. Wenn der Testator den Eingesetzten irrthümlich für sui iuris gehalten hat, und darum nun seinem Gewalthaber die Erbschaft zukommt, so wird eine Theilung derselben zwischen diesem und dem Substituten angenommen. §. 4. J. cit. cf. Theophil. ad h. l. L. 40. 41. D. de hered. instit. Ueber die streitige Erklärung dieser Stellen: Huschke in Linde's Ztschr. XII. 11. XV. 11. 12. Dagegen Arndts daf. XIII. 12. XIX. 11.

[4] Sowohl auf diesen Fall als auf den in not. i. bezieht man die Regel: Substitutus substituto censetur esse substitutus instituto; für den Fall in not. k. aber sagt man wohl auch genauer: Substitutus substituto instituto substitutus huic quoque censetur qua instituto.

[5] Man nennt dies substitutio reciproca oder mutua (cf. L. 64. D. de legat. II.), und wenn es in einem Satze durch einen allgemeinen Ausdruck geschieht *(„eosque invicem substituo")*, substitutio breviloqua oder compendiosa (cf. L. 8. Cod. h. t. 6. 26.). Coniuncti sind dabei zunächst nur unter sich für gegenseitig substituirt anzusehen. L. 41. §. 4. D. h. t. §. 494. Anm. 2.

bb) Pupillarsubstitution [o].

§. 497.

Kraft der väterlichen Gewalt kann der Vater [1] seinem Kinde Erben ernennen, auf den Fall, daß es durch seinen Tod sui iuris

[k] §. 3 J. h. t. L. 27. 41. pr. D. h. t. [l] §. 1. J. h. t. L. 4. §. 2. L. 23. D. h. t. [m] §. 2. J. h. t. L. 24. 41. §. 1. 4. D. h. t. cf. L. 5. Cod. h. t. [n] L. 32. D. h. t. [o] Inst. de pupillari substitutione. 2. 16.

wird [b], und noch in der Unmündigkeit ſtirbt [c], entweder in ſeinem oder auch in beſonderem Teſtament [d], aber vorausgeſetzt, daß er auch für ſich ein Teſtament errichtet habe [2]. Eine ſolche Erbernennung heißt Pupillarſubſtitution. Obwohl geltend als Theil oder Anhang des väterlichen Teſtaments [e], betrifft ſie doch die Beerbung des Kindes [3]. Der Pupillarſubſtitut iſt als ſolcher nicht zu des Vaters, ſondern zu des Kindes Erbſchaft eingeſetzt, erhält aber in dieſer auch jene, wenn das Kind Erbe des Vaters iſt [f]. Der Pupillarſubſtitut kann zugleich Vulgarſubſtitut des eingeſetzten Kindes in Anſehung der väterlichen Erbſchaft ſeyn [g], und iſt ſogar im Zweifel die Pupillarſubſtitution zugleich als Vulgarſubſtitution zu verſtehen [h] und umgekehrt [4]. Der Pupillarſubſtitut kann auch zugleich (primo gradu) zum Erben des Vaters eingeſetzt ſeyn, und ſo können alle Teſtamentserben des Vaters auch zu des Kindes Erben eingeſetzt ſeyn, wornach ſie im Zweifel dieſes nach demſelben Theilungsverhältniß beerben, wie jenen [i]. Der als Miterbe des Kindes eingeſetzte Pupillarſubſtitut wird aber durch Ablehnung der väterlichen Erbſchaft auch von der Pupillarerbſchaft ausgeſchloſſen, in die jene ganz oder zum Theil übergegangen iſt [k]; dagegen wird ihm und ſeinen Erben die Pupillarerbſchaft eintretenden Falles von ſelbſt erworben [5], wenn er jene angenommen hat [l]. Bei der Pupillarſubſtitution kann auch wieder eine Vulgarſubſtitution vorkommen [m]; aber der Pupillarſubſtitut eines Kindes, das ſelbſt Pupillarſubſtitut eines andern iſt, gilt deshalb nicht auch als Pupillarſubſtitut des letzten [n].

Anm. [1] Nicht die Mutter; cf. L. 33. pr. D. h. t.; nicht dem emancipirten Kinde; wovon jedoch eine Ausnahme bei Soldaten, L. 41. §. 4. D. de test. mil. 29. 1.; nicht über die Jahre der Mündigkeit hinaus; L. 14. D. h. t. (Ausnahme bei Soldaten: L. 15. D. h. t.), aber wohl mit Beſchränkung auf kürzere Zeit, L. 21. cod.

[2] Auch bei gleichzeitiger Errichtung kann die Pupillarſubſtitution in einer beſondern Urkunde (pupillares tabulae) angeordnet werden. Dies kann aber auch

[b] L. 2. pr. 33. §. 1. L. 41. §. 2. D. h. t. 28. 6. [c] L. 7. 14. 21. eod. cf. §. 9. J. h. t. 2. 16. [d] L. 1. §. 3. L. 2. §. 1. 4...7. L. 16. §. 1. L. 20. D. eod. §. 3. J. h. t. cf. L. 8. D. test. quemadm. aper. 29. 3. [e] §. 5. J. h. t. [f] L. 10. §. 2. 3. 5. D. h. t. [g] L. 1. §. 1. eod. [h] L. 4. pr. §. 1. eod. cf. α) L. 4. §. 2. L. 45. eod. L. 2. Cod. h. t. 6. 26. β) L. 4. Cod. eod. γ) L. 9. Cod. de inst. et subst. 6. 25. [i] L. 8. 10. pr. D. h. t. §. 7. J. h. t. L. 11. Cod. h. t. [k] L. 10. §. 3. D. h. t. cf. L. 12. eod. L. 40. 41. D. de acquir. hered. 29. 2. L. 27. §. 2. D. ad. Sc. Trebell. 36. 1. [l] L. 20. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 59. D. de acquir. hered. 29. 2. [m] L. 13. D. h. t. L. 25. eod. [n] L. 47. D. eod.

bezüglich einer bloßen Vulgarsubstitution geschehen. L. 33. pr. D. h. t. (Anm. l.) Ceterum, si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere. L. 2 §. 4. eod. — Ausnahme bei Soldaten: L. 2. §. 1. eod. cf. §. 470.

[3] L. 2. §. 4. eod. Constat enim unum esse testamentum, licet duae sint hereditates. §. 2. J. h. t. Duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certe unum est testamentum duarum causarum, id est, duarum hereditatum. — Beschränkung der Beerbung des Pupillen, dem der Arrogator pupillariter substituirt; L. 10. §. 6. D. h. t. L. 22. §. 1. D. de adopt. 1. 7. cf. §. 424. not. g.

[4] Die Vereinigung beider Arten der Substitution heißt duplex substitutio. L. 1. §. 1. D. h. t. Heredis substitutio (aut) duplex est aut simplex (Simplex est) veluti: *Lucius Titius heres esto; si mihi Lucius Titius heres non erit, tunc Seius heres mihi esto.* (Duplex veluti: *Filius mihi heres esto); si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres mihi esto.* Ueber den Text vgl. Savigny Gesch. d. R. R. im MA. III. S. 457. 2. Aufl. — Die vulgaris s. heißt auch s. in primum casum, die pupillaris s. in secundum casum. Die letzte hat den Namen Substitution überhaupt nur mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Fall erhalten, wo das Kind zuerst Erbe des Vaters wird, und so denn mittelbar auch der Substitut. cf. L. 1. §. 1. cit. L. 8. §. 1. D. de b. p. s. t. 37. 11. Cic. de invent. II. 42. „*si filius ante moritur, quam in tutelam suam venerit, is mihi secundus heres esto.*“ — Ueber die sog. s. vulgaris und pupillaris incita (not. h.) vgl. Mühlenbruch Bd. 40. S. 269. fg. Bang. §. 451. R. Unrecht hat man die erste bestritten, die gerade den stärkern innern Grund für sich hat und schon zu Cicero's Zeit in einem berühmtgewordenen Proceß anerkannt war. Cic. l. c. de Orat. I. 39. II. 32. Brut. cap. 52. 53. (Ausnahmen: not. h. *α*...*γ*).

[5] Streitig, ob auch dieses nur auf den Fall zu beschränken sey, wenn auch der Pupill Erbe des Vaters geworden ist? Vgl. Warnkönig in Linde's Zeitschr. XVIII. 10. A. M. Mühlenbruch Bd. 40. S. 432. fg. Bang. §. 454.

§. 498.

Die Pupillarsubstitution erlischt 1) wenn das Kind vor dem Vater stirbt oder sonst bei dessen Lebzeiten aus der väterlichen Gewalt tritt [a], 2) wenn es durch den Tod des Testators in die Gewalt eines Andern kommt [b]; geschieht dies erst später, durch Arrogation, so kann der Pupillarsubstitut immer noch das Vermögen, welches der Pupill ohne die Arrogation hatte, in Anspruch nehmen [c]; 3) wenn das Kind mündig wird [d] oder die angegebene jüngere Altersstufe

[a] L. 41. §. 2. D. h. t. 28. 6. [b] L. 2. pr. eod. §. 497. not. b. [c] L. 17. §. 1 ... L. 20. D. de adopt. 1. 7. L. 40. D. h. t. [d] L. 14. D. h. t. §. 8. J. h. t. cf. § 498 Anm. 1.

nnerhalb der Unmündigkeit erreicht e; 4) wenn das Teſtament des Vaters ſeine Gültigkeit verliert f.

Uebrigens finden auf die Pupillarſubſtitution die allgemeinen Regeln von der Erbeinſetzung Anwendung.

§. 499.

cc) Quaſipupillarſubſtitution.

Durch beſondere Erlaubniß des Regenten kann dem Vater geſtattet werden, auch für ſein mündiges Kind, das wegen eines natürlichen Hinderniſſes letztwillig zu verfügen unfähig iſt, gleichwie ſeinem Pupillen, Erben zu ernennen, was denn aber nur für den Fall gilt, daß dasſelbe ſtirbt, ohne jene Fähigkeit erlangt oder ein Kind als Notherben erhalten zu haben a. Durch Rechtsregel aber iſt den Aſcendenten überhaupt, nicht bloß dem Vater, geſtattet, ihrem wahnſinnigen Deſcendenten, indem ſie ihm wenigſtens den Pflichttheil hinterlaſſen, Erben zu ernennen für den Fall, daß er im Wahnſinn ſtirbt, wobei aber zunächſt die Kinder deſſelben, oder, wenn ſolche nicht vorhanden ſind, andere Deſcendenten des Teſtators zu berückſichtigen ſind b. Dieſe ſogenannte Quaſipupillarſubſtitution erliſcht, gleichwie die wahre Pupillarſubſtitution durch Mündigkeit des Kindes, dadurch, daß der Deſcendent fähig wird, ſelbſt ein Teſtament zu errichten.

Anm. Die L. 9. Cod. h. t. (not. b.) hat endloſen Meinungsſtreit hervorgerufen. Vor allem iſt ſtreitig, ob Juſtinian ein wahres Analogon der Pupillarſubſtitution einführen, und nicht vielmehr bloß eine fideicommiſſariſche Subſtitution bezüglich des dem wahnſinnigen Deſcendenten hinterlaſſenen Gutes geſtatten wollte? Das letzte behaupten Unterholzner im civ. Arch. II. 5. Löhr daſ. V. 3. IX. 7. Puchta §. 479. Bang. §. 456. u. a.; wogegen Thibaut im civ. Arch. V. 13. X. 10. Mühlenbruch Bd. 40. S. 475. fg. Bd. 41. S. 1. fg. Francke im Recht der Notherben S. 463. fg. Dükker ad const. 9. Cod. de impub. et al. subst. Halis 1848. u. a. das erſte vertheidigen, das auch Puchta §. 479. als durch Uſualinterpretation feſtgeſtellten Rechtsſatz anerkennt. Vgl. Puchta's Gewohnheitsrt. II. S. 68. fg. Nach dieſer Anſicht aber iſt noch ſtreitig: a) ob der Aſcendent auch für ſich ſelbſt Erben ernennen müſſe? b) welche Perſonen er ſubſtituiren müſſe? und beſonders c) was Rechtens ſei, wenn mehrere Aſcendenten mit einander concurriren?, worüber noch vgl. Haimberger im civ.

e L. 21. 38. §. 1. L. 43. §. 1. D. eod. f L. 2. §. 1. L. 10. §. 4. L. 16. §. 1. cod. cf. α) L. 34. §. 2. L. 35. eod. β) L. 8. §. 5. D. de inoff. test. 5. 2. γ) nov. 115. cap. 3. 4. in f. δ) L. 41. §. 5. D. de test. mil. 29. 1. ε) L. 2. §. 1. in f. D. h. t.

a L. 43. pr. D. h. t. 28. 6. b L. 9. Cod. h. t. 6. 26. (Justinian. a. 528.) §. 1. I. de pup. subst. 2. 16. cf. L. 7. §. 1. 8. Cod. de cur. fur. 5. 70.

Arch. XII. 13. — Ein unerquickliches Beispiel der Folgen sorgloser Gesetzesabfassung!

§. 500.

5) Gemeinschaftliche und wechselseitige Testamente.

Mehrere können gemeinschaftlich in einem Act, insbesondere schriftlich in einer Urkunde, ein Testament errichten (sog. testamentum simultaneum), insofern sie sich einander gegenseitig auf den Todesfall bedenken, was besonders unter Ehegatten häufig vorkommt. Es sind darin in der That mehrere Testamente enthalten (sog. testamenta reciproca oder mutua), deren jedes über die besondere Erbschaft je des einzelnen Erblassers verfügt, übrigens auch sonst noch andere letztwillige Bestimmungen enthalten kann. In der Regel ist bei solchen Testamenten als Absicht der Testatoren anzunehmen, daß das Testament jedes einzelnen nur in dem Falle bestehen bleiben solle, wenn auch das entsprechende Testament des andern aufrecht erhalten wird; die wechselseitigen Testamente sind im Zweifel für sog. testamenta correspectiva zu halten.

Anm. Die formelle Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente, sofern sie nicht als ganz formlose gültig sind (cf. L. 19. Cod. de pact. 2. 3.), ist nach R. R. zweifelhaft. Eine Bestimmung, welche ein gemeinschaftliches testamentum principi oblatum für gültig erklärte (nov. Valent. XX. 1. §. 1.), ist ins Justinianische Recht nicht übergegangen. Sie sind aber in der Praxis als wechselseitige Testamente entschieden zugelassen. Daß die Testatoren einander wechselseitig zu Erben einsetzen, ist nicht schlechthin nothwendig; Ehegatten können z. B. auch nur die Kinder zu Erben einsetzen, einer dem andern aber den Nießbrauch seines Vermögens vermachen. Vgl. übrigens Hasse im Rh. Mus. III. S. 228. fg. S. 490. fg. Mühlenbruch a. a. O. Bd 35. S. 60. fg. Bd 38. S. 218. fg. Bolley, Beitrag zur L. v. den correspectiven Testamenten der Eheleute. Stuttg. 1846. Zimmermann in Schäffer's Arch. I. 19. Seuffert's Arch. I. 93. 94. II. 72. 204. IV. 64. VI. 221. VII. 200. VIII. 150.

6) Aufhebung des Testaments [a].

a) Durch den Willen des Testators.

§. 501.

Ein Testament, sowie jede einzelne darin enthaltene Verfügung kann durch den Willen des Testators jederzeit wieder aufgehoben werden [1]. Die Möglichkeit solchen Widerrufs kann dem Testator weder durch eigene einseitige Verfügung noch durch Vertrag entzogen

[a] Inst. quibus modis testamenta infirmantur. 2. 17.

oder beſchränkt werden[2]. Auch ein wechſelſeitiges Teſtament kann jeder Teſtator einſeitig wieder aufheben, ſowohl nach als vor dem Tode des anderen Teſtators, ſelbſt dann noch, wenn er die Erbſchaft des letzten nach deſſen Teſtament bereits angenommen hat. Aber ſofern das Teſtament ein correſpectives war, wird freilich durch die Widerrufung des einen auch das andere aufgehoben, und müſſen denn auch die Wirkungen des gemäß dieſem ſchon eingetretenen Erbſchaftserwerbes wieder rückgängig werden[3]. Nach heutigem Rechte kann indeſſen der Inhalt eines Teſtaments ganz oder zum Theil zum Inhalt eines Erbvertrages gemacht und ſo denn allerdings die Entkräftung desſelben durch einſeitige Willkür des Teſtators ausgeſchloſſen werden.

Anm. [1] L. 4. D. de adimendis legat. 34. 4. Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. cf. L. 32. §. 3. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. — L. 6. Cod. qui test. fac. 6. 22. Si quis imperatorem forte heredem instituerit, habeat mutandi iudicii facultatem, et quemcunque voluerit secundum leges in testamento suo heredem scribendi.

[2] L. 22. pr. D. de legat. III. Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat. Alſo unwirkſam die ſog. clausula derogatoria; nicht minder eine Beſchränkung rückſichtlich der Form abändernder Verfügungen, L. 6. §. 2. D. de iure cod. 29. 7. Cf. L. 52. §. 9. D. pro soc. 17. 2. Nec libertatem de supremis iudiciis constringere quis poterit.

[3] Gegen die Behauptung, daß das wechſelſeitige Teſtament durch Antretung der Erbſchaft des erſtverſtorbenen Teſtators für den Ueberlebenden unwiderruflich werde, ſofern es noch Verfügungen zu Gunſten dritter Perſonen enthält (Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38. S. 237. fg.): vgl. Haſſe im Rh. Muſ. III. S. 491. fg. 541. fg. Deiters de dispositionibus hereditariis simultaneis. Bonnae 1837. Zimmermann a. a. O.

§. 502.

Der Widerruf des Teſtaments kann erklärt werden 1) durch abſichtliche Zerſtörung der Teſtamentsurkunde (Zerreißen, Zerſchneiden u. dgl.) oder Ausmerzung der Erbeinſetzungen[1], der Widerruf einzelner Verfügungen ebenſo durch deren Austilgung[a]; 2) durch Erklärung dieſes Willens zu gerichtlichem Protokoll oder vor drei

[a] Dig. de his quae in testamento delentur inducuntur vel inscribuntur. 28. 4. L. 2. §. 7. L. 8. §. 3. D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 1. §. 8. D. si tab. test. 38. 6. cf. L. 20. D. de iniusto test. 28. 3. L. 30. Cod. de testam. 6. 23.

Zeugen[b], welche jedoch das Testament nur aufhebt, wenn hinzukommt, daß seit dessen Errichtung zehn Jahre verflossen sind; 3) durch Errichtung eines gültigen neuen Testaments[c], wodurch von selbst das frühere aufgehoben wird[3], wenn auch das neue später seine Gültigkeit verliert.

Anm. [1] Unabsichtliche Tilgung hebt die rechtliche Existenz der Verfügung nicht auf: quoniam, si totum testamentum non extat, constat, valere omnia, quae in eo scripta sunt (L. 1. §. 3. D. h. t. 28. 4.). Jedoch §. 2 ibid.: Sed si legi von possunt, quae inconsulto deleta sunt, dicendum est, non deberi; sed hoc ita demum si ante consummationem testamenti factum est. Mühlenbruch Bd. 39. S. 79. fg.

[2] Nicht erforderlich ist der Ablauf der 10 Jahre zur Zeit des Widerrufs, nicht genügend der solenne Widerruf allein. Jedoch: L. 15. §. 1. D. de testam. mil. 29. 1. Sicut autem hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest.

[3] Posteriore testamento, quod iure perfectum est, rumpitur superius (§. 2. J. h. t.). Regel ist nämlich, daß zwei Testamente nicht nebeneinander bestehen können. Jedoch: a) Ausnahme für Soldaten. L. 19. D. de testam. mil. 29. 1. b) Bonorum possessio aus zwei gleichzeitigen Testamenten. L. 1. §. 6. D. de b. p. s. t. 37. 11. Ob auch aus verschiedenen Testamenten von ungewissem Alter? Mühlenbruch Bd. 38. S. 486. fg. c) Bon. poss. aus dem frühern Testament, wenn der Testator das spätere, in der deutlich erklärten Absicht, jenes wieder gelten zu lassen, zerstört hat. L. 11. §. 2. D. l. c. (Streitig, ob diese b. p. cum re sey? Bang. §. 458. 460.). d) Das frühere Testament wird, nebst den Vermächtnissen des spätern, aufrecht erhalten, wenn der Testator nur wegen irriger Voraussetzung des Todes des darin eingesetzten Erben ein neues gemacht hat. L. 92. D. de hered. instit. 28. 5. e) Das erste Testament gilt als Codicill, wenn der Testator im zweiten erklärt hat, daß es bestehen bleiben solle, und eine solche Willenserklärung wird als stillschweigende auch darin gefunden, daß die Erbeinsetzung im spätern Testament auf einen bestimmten Gegenstand beschränkt (institutio ex re certa) ist. §. 3. J. h. t. 2. 17. §. 486. not. g. Anm. 3. Neuner a. a. O. S. 74. fg. Dagegen jedoch Bang. 6. Aufl. II. S. 238. — Uebrigens soll auch ein unvollendetes Testament, worin die in dem frühern übergegangenen Intestaterben eingesetzt sind, das letzte aufheben und als Intestatcodicill gelten. L. 21. §. 5. Cod. de testam. 6. 23. L. 2. D. de iniusto testam. 28. 3. Bang. §. 460. Abweichende Ansichten darüber s. bei Mühlenbruch Bd. 38. S. 365. fg.

§. 503.

b) Aus andern Gründen.

Ein gültig errichtetes Testament kann außerdem seine Wirksamkeit verlieren 1) durch Verlust der Testamentifactio auf Seiten

[b] L. 27. Cod. de testam. 6. 23. cf. L. 6. Theod. Cod. de testam. 5. 1. §. 3. J. h. t. 2. 17. cf. L. 11. 16. D. de iniusto test. 28. 3. L. 7. D. de lib. et post. 28. 2.

es Teſtators, alſo namentlich durch capitis deminutio desſelben, estamentum irritum [a], nicht durch jede eintretende Unfähigkeit ur Errichtung eines Teſtaments [b]; jedoch wird den eingeſetzten Er- en auch in jenem Falle bonorum possessio gewährt, wenn nur er Teſtator zur Zeit ſeines Todes die Teſtamentifactio wieder er- angt [c] und im Falle der Arrogation ſeinen Willen fortdauernder ültigkeit des Teſtaments nach wiedererlangter Selbſtſtändigkeit an en Tag gelegt hatte [d]; 2) durch Vereitelung der Erbeinſetzungen, . i. durch Wegfall aller eingeſetzten Erben, ſey es, daß die Be- ingungen der Erbeinſetzung nicht in Erfüllung gehen, oder daß die ingeſetzten vor dem Erblaſſer ſterben, oder aus anderm Grunde icht Erben werden können oder nicht erben wollen, testamentum rritum s. destitutum s. desertum [e]; 3) in Folge der Ver- etzung des Rechtes ſolcher Perſonen, welche der Erblaſſer in ſeinem etzten Willen berückſichtigen ſoll, worüber das Nähere unten im ritten Capitel.

Anm. Ein Teſtament kann nichtig (nullum testamentum) oder auch loß anfechtbar (reſciſſibel) ſeyn, von Anfang an oder in Folge ſpäter eingetretener Umſtände. Reſciſſibel iſt oder wird es, wenn für gewiſſe Perſonen die Möglich- eit beſteht, deſſen Unwirkſamkeit, unmittelbar durch ihren Willen oder mittels ichterlichen Erkenntniſſes, herbeizuführen, wodurch es dann entweder nach Civil- echt nichtig (ipso iure nullum) oder bloß nach prätoriſchem Recht kraftlos erden kann. Von Anfang nichtig iſt es wegen Mangels eines weſentlichen Er- rderniſſes ſeiner Errichtung, testamentum non iure factum oder iniustum; ichtig wird es in den Fällen des §. unter 1. und 2., und zum Theil unter 3. Beiderlei Art von Ungültigkeit des Teſtaments erſtreckt ſich regelmäßig auf deſſen anzen Inhalt, ausnahmweiſe beſchränkt ſie ſich nur auf die Erbeinſetzungen. Bang. §. 457...460.

§. 504.

7) Eröffnung und Vollziehung der Teſtamente.

Das römiſche Recht ſchreibt für die ſchriftlichen von den Zeu- en vorſchriftsmäßig verſiegelten Teſtamente eine ſolenne Eröffnung nd Vorleſung (recitatio) vor [a]. Heutzutage findet gemeinrechtlich

[a] §. 4. J. h. t. 2. 17. L. 6. §. 5...13. D. de iniusto rupto irrito facto testamento. 8. 3. cf. L. 4. §. 5. Cod. de haeret. 1. 5. cap. 2. §. 1. de usur. in 6to. 5. 5. [b] L. 8. pr. L. 20. §. 4. D. qui test. fac. 28. 1. L. 1. §. 9. D. de b. p. s. t. 37. 11. [c] §. 6. h. t. L. 1. §. 8. D. l. c. [d] L. 11. §. 2. D. eod. [e] §. 7. 8. J. de hered. quae b int. 3. 1. §. 2. J. h. t. 2. 17. L. 1. in f. D. h. t. 28. 3.

[a] Dig. testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur. 29. 3. Cod. 6. 32. Pauli sentt. IV. 6. cf. Dig. de Sc. Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur. 29. 5. Pauli sentt. III. 5.

eine gerichtliche Eröffnung nur dann statt, wenn entweder der Testator dieselbe ausdrücklich angeordnet oder das Testament bei Gericht hinterlegt hat, oder die Betheiligten darauf antragen.

Mit der Vollziehung der testamentarischen Bestimmungen pflegen bestimmte Personen beauftragt zu werden, die man Testamentsexekutoren nennt (generales oder speciales). Sie können entweder durch das Testament selbst ernannt seyn (executores testamentarii), oder durch Vertrag der Betheiligten bestellt werden (conventionales), oder durch den Richter (dativi), oder auch durch das Gesetz (legales) berufen seyn, wie namentlich die Ausführung letztwilliger Verfügungen zu frommem Zweck der höhern Geistlichkeit überwiesen ist [b]. Die Stellung der Testaments-Exekutoren ist in der Regel nach Analogie des Mandats zu beurtheilen (§. 291...296.); die Befugnisse der gesetzlichen bestimmen sich durch das Gesetz, das sie beruft, und die Natur des Verhältnisses, in Rücksicht auf welches dieses geschieht.

Anm. Vgl. Roßhirt in der Ztsch. f. Civil- und Crim.-Rt. I. S. 217 ff. Beseler in der Ztschr. f. deutsches Recht IX. 3. Mühlenbruch a. a. O. Bt. 43 S. 390...448. Seuffert's Arch. III. 73. VI. 226. 227.

§. 505.

8) Zeitpunkt der testamentarischen Delation der Erbschaft.

Regelmäßig wird durch Testament die Erbschaft im Zeitpunkt des Todes des Erblassers deferirt; bei bedingter Erbeinsetzung ist die Zeit der Erfüllung der Bedingung, wenn sie nicht schon vor dem Tode des Erblassers stattfand, entscheidend. Diesen Zeitpunkt muß der Eingesetzte erleben [a], und in demselben die testamentarische Erbfähigkeit haben. Der Mangel derselben zur Zeit des Todes steht dem bedingt Eingesetzten nicht entgegen, wenn er dieselbe zur Zeit der später erfolgenden Erfüllung der Bedingung wiederum hat [b]. Aber die Delation wird auch durch nachher vor dem Erwerb der Erbschaft erfolgenden Tod oder Erbunfähigkeit des Berufenen regelmäßig wieder aufgehoben [c].

[b] L. 28. 46. 49. Cod. de episcop. 1. 3. nov. 131. cap. 11. 12.

[a] L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. cf. §. 71. Anm. 2. [b] L. 49. §. 1. L. 50 §. 4. D. de hered. instit. 28. 5. §. 4. J. de hered. qual. 2. 19. [c] L. un. §. 5 Cod. l. c. cf. not. b.

III. Von dem Erwerbe der Erbſchaft [a].

A. Art und Weiſe desſelben.

1) Durch Antretung.

§. 506.

a) Fähigkeit zur Erwerbhandlung.

Die Erwerbung der Erbſchaft iſt der Regel nach in den Willen des Berufenen gelegt; die Erben ſind voluntarii heredes. Die Erklärung des Willens, Erbe zu ſeyn, heißt Antretung der Erbſchaft, hereditatis aditio. Erforderlich iſt dazu die Fähigkeit, ſich durch Rechtsgeſchäfte zu verpflichten. Daher kann ein Wahnſinniger [b] oder ein Kind [c] die Erbſchaft nicht antreten; ein Unmündiger oder Minderjähriger, der nicht mehr Kind iſt, nur unter Zuſtimmung des Vormundes [d], ohne welche auch die Erbantretung des Verſchwenders nicht bindend iſt [e]. Iſt der Berufene in väterlicher Gewalt, ſo vertritt die Stelle der ſonſt etwa erforderlichen Zuſtimmung eines Vormundes die des Vaters, welcher durch dieſe, falls die Erbſchaft zu den Adventitien gehört, das väterliche Recht an derſelben erlangt, wenn aber das Kind ſie ablehnt, die Erbſchaft (und zwar dann auch, wenn ſie unter den Begriff der bona castrensia vel quasi fällt) für ſich ſelbſt erwirbt [f].

§. 507.

b) Willensbeſtimmung.

Zur Erbantretung gehört der ernſtliche und beſtimmte Wille, die Erbſchaft der Berufung gemäß, unbedingt und ohne Vorbehalt [a], zu erwerben. Dazu wird die Gewißheit vorausgeſetzt, daß [b] die Erbſchaft deferirt ſey [1], und wie [c], ob durch Teſtament oder Geſetz. Doch kann nach Eintritt des Erbfalls ſchon im voraus [d] für den

[a] Inst. de heredum qualitate et differentia. 2. 19. Dig. de adquirenda vel omittenda hereditate. 29. 2. Cod. de iure deliberandi et de adeunda vel adquirenda hereditate. 6. 30. [b] L. 63. D. h. t. 29. 2. cf. §. 520. [c] L. 9. D. eod. cf. L. 5. Cod. eod. 6. 30. [d] L. 8. pr. 9. 49. D. eod. L. 9. §. 3. D. de auct. tut. 26. 8. L. 18. 4. Cod. h. t. 6. 30. cf. L. 12. Cod. eod. L. 26. Cod. de adm. 5. 37. §. 452. [e] L. 5. 1. D. h. t. cf. §. 452. not. o. L. 8. pr. D. h. t. [f] L. 8. pr. §. 1...3. Cod. de con. quae lib. 6. 61. L. 18. pr. §. 1. 4. Cod. h. t. 6. 30. cf. §. 432. not. k. L. 6. pr. 1...3. L. 13. §. 3. L. 14. 25. §. 4...15. D. h. t. 29. 2.

[a] L. 51. §. 2. D. h. t. L. 77. D. de R. J. [b] §. 7. J. h. t. 2. 19. L. 19. 32. 34. h. t. L. 32. §. 1...8. L. 84. eod. L. 21. D. de cond. et dem. 35. 1. [c] L. 17. 22. 6. 51. pr. D. h. t. cf. L. 77. eod. [d] L. 9. Cod. qui admitti ad b. p. 6. 9.

Fall, daß andere vorgehende wegfallen, die Annahme der Erbschaft durch Agnition der bonorum possessio erklärt werden [2]. Gewißheit über die Größe des Erbtheils ist nicht erforderlich [e], jedoch ungültig die irrige Antretung auf einen bestimmten unrichtigen Erbtheil [f]. Ungültig ist auch die Antretung desjenigen, der sich für einen necessarius heres hält [g]. Ungewißheit über die eigene Fähigkeit zum Erbantritt, ob er sui iuris, ob mündig sey, hindert diesen nicht, wenn die Fähigkeit wirklich vorhanden ist [h]. Auch ein Irrthum in den Beweggründen, z. B. über den Bestand der Erbschaft [i], selbst ein durch Betrug veranlaßter [k], macht die Erbantretung nicht unwirksam, so wie auch die erzwungene an sich gültig, obwohl dagegen Restitution möglich ist [l].

Anm. [1] Demnach hindert der Zweifel, ob man bedingt oder unbedingt eingesetzt sey? L. 32. §. 1. D. h. t., nicht auch die irrige Voraussetzung einer Bedingung, die man zugleich für erfüllt hält, L. 34. §. eod., und ebenwenig die Unkenntniß einer wirklich gesetzten aber bereits erfüllten Bedingung, wohl aber wiederum die Unkenntniß der Erfüllung einer wissentlich gesetzten Bedingung L. 21. D. de cond. et dem. Widersprechend scheint freilich L. 21. §. 3. D. h. t. Si quis partem, ex qua institutus est, ignoravit, Julianus scribit, nihil ei nocere, quominus pro herede gereret. Quod et Cassius probat, si conditionem, sub qua heres institutus est, non ignorat, si tamen extitit conditio, sub qua substitutus (Hal. *institutus*) est. Quid tamen si ignorat, conditionem extitisse? Puto posse adire hereditatem, quemadmodum si ignoret, an coheredis, cui substitutus est, repudiatione pars ei delata sit. Daher emendirt Cuiacius: *„si conditionem, sub qua heres institutus est, ignorat... puto non posse adire“ etc.* „Aber die Stelle entscheidet nicht verschiedene Fälle, sondern führt nur in ihrem Verlauf den an der Eingang gestellten Satz weiter aus.“ Puchta §. 497. not. a. Mühlenbruch Bd. 42. S. 422. fg. Bang. §. 498. Anm. 1.

[2] Bedenklich ist es, mit Sint. §. 183. not. 18. in diesem Fall auf jede unförmliche Erklärung auszudehnen, was L. 9. cit. (not. d.) bezüglich der gerichtlichen Agnition der b. p. bestimmt.

§. 508.

c) Willenserklärung.

Der Wille, Erbe zu seyn, kann entweder ausdrücklich, mündlich oder schriftlich, erklärt werden [a], hereditatis aditio im engern

[e] L. 21. §. 3. cod. L. 5. §. 1. D. si pars hered. pet. 5. 4. [f] L. 75. D. h. t. [g] L. 93. pr. eod. [h] L. 16. D. h. t. [i] L. 6. §. 4. L. 34. pr. 96. cod. L. 21. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 74. §. 2. 3. D. h. t. [k] L. 8. pr. eod. §. 5. 6. J. h. t. [l] L. 40. D. de dolo. 4. 3. [l] L. 21. §. 5. 6. D. quod. met. 4. 2. L. 85. D. h. t. cf. L. 6. §. 7. eod. §. 61. Anm. 2.

[a] §. 7. J. h. t. 2. 19. cf. L. 12. Cod. h. t. 6. 30.

Sinn[b], oder ſtillſchweigend durch Handlungen, die den Umſtänden nach nicht anders auszulegen ſind, als daß der Handelnde ſich als Erben betrachte, pro herede gestio[c]. Eine beſondere Form der Willenserklärung iſt nicht erforderlich[1], wenn ſie nicht etwa zur Bedingung der Erbeinſetzung geſetzt iſt. Die Erbantretung kann auch durch einen Andern für den Berufenen erklärt, dieſem aber der Regel nach nicht ohne deſſen eigenen Willen durch jenen als Stellvertreter die Erbſchaft erworben worden[2]. Jedoch erwerben 1) juriſtiſche Perſonen die Erbſchaft durch ihre rechtmäßigen Vertreter, deren Verſäumniß auch ihnen nicht zum Nachtheil gereichen ſoll[d]. 2) Für Unmündige und Minderjährige kann deren Vormund allein antreten[e], oder 3) der Vater, in deſſen Gewalt ſie ſich befinden, wogegen dieſe jedoch Reſtitution erlangen können[f], mit der Wirkung, daß alsdann die Erbſchaft als dem Vater ſelbſt erworben angeſehen wird[g].

Anm. [1] L. 17. Cod. h. t. Cretionum scrupulosam solennitatem hac lege penitus amputari decernimus. Ueber dieſe cretio des ältern Rechts vgl. Gai. II. 164...168. 170...173. Ulp. XXII. 27...34. Zur Erlangung der prätoriſchen Erbfolge war eine Erklärung vor Gericht erforderlich, die auch im Juſtinianiſchen Recht noch vorkommt. L. 9. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. L. 7. J. de b. p. 3. 9. cf. L. 7. §. 3. Cod. de cur. fur. 5. 70. Dieſe wird aber von Vielen auch jetzt noch bei denjenigen erfordert, welche nur iure praetorio berufen ſind, namentlich bei der b. p. ex edicto unde vir et uxor (§. 480.). Allein die Praxis hat dieſen Unterſchied da, wo die b. p. als poſſessitive Erbfolge ſtattfindet, durchgängig unbeachtet gelaſſen, und es hat ſehr den Anſchein, daß er auch ſchon im Juſt. Rechte nicht mehr praktiſch war. Vgl. Meiſt, bon. poss. II. 2. S. 235. fg. S. 376. fg. 413. fg.

[2] Ob die Erbantretung durch Stellvertreter möglich ſey? iſt ſtreitig. Die Verneinung gründet ſich auf L. 90. pr. D. h. t. Paulus respondit, per procuratorem (nach Hal. *per procuratorem*) hereditatem acquiri non posse. Cf. L. 54. pr. D. de acquir. dom. 41. 1. Puchta §. 497. not. f. vgl. Mühlenbruch Bd. 42. S. 396. fg. Aber die Agnition der bonorum possessio, die doch als pro herede gestio angeſehen wird (L. 12. Cod. h. t.), kann durch einen Bevollmächtigten geſchehen, und ſelbſt die ohne Auftrag vorgenommene durch Genehmigung des Berufenen wirkſam werden (L. 3. §. 7. L. 15. 16. D. de b. p. 37. 1.). Daher behaupten Andere ſchon für das Juſtinianiſche und vollends für das heutige Recht allgemein die Möglichkeit des Erbſchafterwerbes durch

[b] L. 69. D. h. t. 29. 2. L. 19. 22. §. 14. Cod. h. t. 6. 30. [c] §. 7. J. l. c. L. 20. 21. pr. §. 1. 2. L. 24. 86. §. 2. L. 87. D. eod. cf. L. 13. D. de cond. instit. 28. 7. L. 62. D. h. t. [d] L. 3. §. 4. D. de b. p. 37. 1. cf. L. 1. §. 2. D. de off. procur. Caes. 1. 19. [e] L. 18. §. 2. 4. Cod. h. t. 6. 30. cf. L. 7. §. 1. L. 8. 11. D. de b. p. 37. 1. L. 11. D. de auct. tut. 26. 8. L. 3. 7. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. [f] L. 18. pr. §. 4. Cod. h. t. L. 8. §. 1. 6. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.

Stellvertreter. Leist, die bon. poss. II. 2. S. 308. fg. Sint. §. 183. not. 9. Es wird jedoch einerseits zugegeben, daß der Wille der Erbantretung auch durch einen Auftrag zur Erklärung derselben sich kund geben könne (Mühlenbruch S. 412. vgl. Arndts im Rtslex. IV. S. 17.), andererseits, daß die Kenntniß der Delation und der Wille der Erbantretung beim Delaten selbst vorausgesetzt werde (Leist S. 311.). Das praktische Interesse des obigen Meinungsstreites beschränkt sich demnach auf zwei Fragen: a) ob der Auftrag zur Erklärung der Erbantretung immer diese selbst schon enthalte und enthalten müsse? Dies ist zu verneinen; er kann schon die Erbantretung selbst aussprechen, ist aber als bloßer Auftrag zur Abgabe der Erklärung widerruflich, so gut wie die abgesandte mündliche Erklärung bis zur Abgabe noch zurückgenommen werden kann; b) ob auch die Erbantretung durch den Bevollmächtigten in Gemäßheit eines bedingten Auftrages gültig sey? namentlich bei der Bedingung, wenn der Bevollmächtigte nach genommener Einsicht die Erbschaft annehmbar finde (vgl. L. 48. D. h. t. L. 3. §. 9. eod. mit L. 51. §. 2. eod.)? Dies ist zu bejahen, wenigstens nach ganz anerkannter Praxis, aber wohl auch schon nach R. R. und nach der Natur der Sache; denn die nach Eintritt der Bedingung wirklich erklärte Antretung ist nur als vom Delaten selbst unbedingt gewollte anzusehen. Leist S. 320. Völlig unnütz ist bei formloser Erbantretung die Frage über die Wirkung der Genehmigung; denn diese selbst ist jedenfalls wirkliche Antretung, und dabei ist es gleichgültig, wann sie stattgefunden (L. 54. D. h. t.). Ihre Bedeutung bei der Agnition der b. p. besteht nur darin, daß nicht noch einmal die gerichtliche Erklärung nothwendig ist. — Ueber den Erwerb einer Erbschaft für einen Verschollenen vgl. §. 26. Anm. 4. und Seuffert's Arch. VII. 356.

[3] Das R. R. (not. e. f.) spricht beides (2. und 3.) nur bezüglich des Infans aus; nach heutigem Recht ist es bezüglich aller Minderjährigen anzunehmen. Heise und Cropp Abh. II. S. 167. Leist S. 315. Sint. §. 183. not. 8. 10. Seuffert §. 567. Für den Fall, daß der in väterlicher Gewalt befindliche Delat wahnsinnig oder abwesend ist, enthält das R. R. keine ausdrückliche Bestimmung. cf. L. 7. pr. Cod. de cur. fur. 5. 70. L. 30. pr. 52. pr. 53. D. h. t. 29. 2. Da der Vater beim Widerspruch des willensfähigen oder anwesenden Kindes die Erbschaft doch für sich selbst erwerben könnte, so scheint es consequent, ihm auch in jenem Falle das Recht der Antretung beizulegen. Bu. Puchta §. 496. not. e. Sonst findet für wahnsinnige und aus anderm Grunde verhinderte Personen nur ein provisorischer Erwerb statt (§. 538.). — Nicht nehmen übrigens ohne gesetzlichen Anhaltpunkt an, daß auch der curator concursus die dem Gemeinschuldner deferirte Erbschaft antreten könne. Holzschuher II. 1. S. 735.

§. 590.

d) Zeit der Erbantretung.

Für die Antretung der Erbschaft nach Civilrecht[1] ist eine bestimmte Zeitfrist gesetzlich nicht vorgeschrieben[2]. Allein 1) die Antretung innerhalb einer bestimmten Zeit kann zur Bedingung der

Erbeinſetzung geſetzt ſein [a]. 2) Gläubiger der Erbſchaft und Vermächtnißnehmer können auf Entſcheidung des Berufenen, ob er die Erbſchaft annehme oder nicht, dringen [b]. Dann wird dieſem auf Verlangen eine Ueberlegungsfriſt, spatium deliberandi [3], bewilligt [c], die jedoch nicht über 9 Monate, und ſelbſt durch den Recenten nicht über ein Jahr erſtreckt werden ſoll [d]. Während derſelben kann er ſich über den Beſtand der Erbſchaft unterrichten, auch die Befugniß erhalten unverſchiebliche Verwaltungshandlungen vorzunehmen und als Kind des Erblaſſers einſtweilen Alimente daraus zu beziehen [e], obwohl auch die Anordnung einer Cura eintreten kann [f]. Nach Ablauf der Friſt wird er, wenn er nicht ausdrücklich abgelehnt hat, als Antretender behandelt, und verliert jedenfalls das beneficium legis Falcidiae; wenn er aber ablehnt und kein ordnungsmäßiges Vermögensverzeichniß errichtet hat, ſo wird zudem den Betheiligten geſtattet den Betrag der Erbſchaft durch ihren Eid feſtzuſtellen [g]. 3) Auch diejenigen, welche nach dem Berufenen die Anwartſchaft auf die Erbſchaft haben, namentlich der Subſtitut [4], können eine ſolche Friſtbeſtimmung erwirken, aber mit dem Unterſchied in der Wirkung, daß nach deren Ablauf der Berufene, wenn er nicht angetreten hat, als Ausſchlagender behandelt wird [h]. 4) Der Berufene kann auch aus freien Stücken eine Ueberlegungsfriſt nachſuchen [i]; dies hat für ihn die nämlichen Folgen, wie nach 2. und 3., je nachdem ihm nur Gläubiger und Vermächtnißnehmer gegenüberſtehen, oder ein anderer nach ihm Berufener die Erbſchaft übernimmt [5]. 5) Iſt Jemand unter einer poteſtativen Bedingung eingeſetzt, ſo kann ihm auch für deren Erfüllung und darauf folgende Antretung eine Friſt geſetzt werden [k]; die Verſäumung derſelben bewirkt, daß nunmehr dem Nächſtberufenen die Erbſchaft überlaſſen wird oder die Gläubiger deren Verkauf betreiben können [6]. Eine beſondere Beſtimmung gilt noch 6) für den Fall, wenn ein Pflichtheilsberechtigter wegen Verletzung des Pflichttheils das Teſtament anfechten will [l].

[a] L. 72. D. h. t. 29. 2. [b] L. 5. 6. D. de int. in iure. 11. 1. L. 9. Cod. h. t. 6. 30. [c] Dig. de iure deliberandi. 28. 8. Cod. 6. 30. [d] L. 22. §. 13. Cod. h. t. [e] L. 2...4. D. h. t. 28. 8. [f] L. 5...7. 9. D. eod. L. 28. D. de adquir. hered. 29. 2. [g] L. 8. 9. D. quib. ex caus. in poss. 42. 4. L. 22. §. 1. D. de reb. auct. iud. 42. 5. [h] L. 22. §. 14. Cod. h. t. [i] L. 69. D. de acquir. hered. 29. 2. cf. L. 10. D. de iure delib. 28. 8. L. 22. §. 14. Cod. l. c. [k] L. 22. §. 13. 14. Cod. l. c. L. 23. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. [l] L. 36. §. 2. Cod. de inoff. test. 3. 28.

Anm. [1] Für die Agnition der bonorum possessio ist Aeltern und Andern des Erblassers eine Frist von einem Jahr, andern Erben von 100 Tagen als tempus utile (§. 90.) gesetzt, deren Versäumung von selbst die Delation der b. p. aufhebt. §. 4. in f. §. 5. 6. J. de b. p. 3. 9. L. 1. pr. §. 8...16. D. de successorio edicto. 38. 9. Dig. quis ordo in possessionibus servetur. 38. 15. L. 2. 5. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. Es findet auch darauf Anwendung, was in §. 508. Anm. 1. bemerkt ist.

[2] Eine gesetzliche Deliberationsfrist, und zwar a) von einem Jahr hat man in L. 19. Cod. h. t., und b) von 3 Monaten in L. 22. §. 1. eod. finden wollen, bald mit der Bedeutung, daß der Säumige ipso iure Erbe werde, bald mit der entgegengesetzten, daß er vom Erwerbe ausgeschlossen sey. Die Richtigkeit dieser Meinungen ist gründlich dargethan von Bangerow im civ. Arch. XXII. 7. vgl. Puchta und Arndts in d. krit. Jahrb. IV. S. 7...29. Zachariä daf. X. S. 840. Mühlenbruch Bd. 41. S. 301. fg. Mayer Erbr. I. S. 344. u. a.

[3] Vgl. überhaupt Witte im Rtslex. I. S. 887. fg. Mühlenbruch a. a. O. S. 277. fg. 383. fg. Grosch diss. inaug. de iuris deliberandi origine. Vratislav. 1839.

[4] Nur dem Substituten legt dieses Recht bei Puchta §. 498. not. c. Dagegen Leist a. a. O. S. 461. Sint. §. 184. not. 4. Mühlenbruch aber behauptet (Bd. 41. S. 391. fg.), daß nach L. 22. §. 14. Cod. h. t. diese Bestimmung ganz wegfalle und überall nur das Präjudiz unter Nr. 2. eintrete; dagegen Sint. a. a. O.

[5] Nur auf diesen Fall bezieht Puchta §. 498. not. f. die Vorschrift, daß die Deliberationsfrist höchstens 9 Monate, beziehungsweise ein Jahr betragen soll (not. d.). Auch verbindet derselbe damit nicht das Präjudiz der Antretung, beziehungsweise Ausschlagung der Erbschaft. Dagegen Sint. §. 185. III. S. 264. Beide aber finden in der sehr problematischen L. 22. §. 1. Cod. h. t. noch die Bestimmung, daß man durch Ausschlagung der Erbschaft nur, wenn sie binnen 3 Monaten geschehe, allen Nachtheil vermeide. Sint. a. a. O. not. 9. vgl. Anm. 2.

[6] Daß auch in diesem Falle das Präjudiz der geschehenen Antretung eintrete, behauptet Sint. §. 184. not. 3.

§. 510.

e) Ablehnung der Erbschaft [a].

Wer die Erbschaft erwerben kann, nach prätorischem oder nach Civilrecht, kann dieselbe auch ausschlagen [b]; er wird dadurch der Regel nach ebenso von derselben ausgeschlossen, wie durch die Annahme daran gebunden [c], auch wenn es vor Ablauf der ihm

[a] Dig. de adquirenda vel omittenda hereditate. 29. 2. Cod. de repudianda vel abstinenda hereditate. 6. 31. cf. Cod. de repudianda bonorum possessione. 6. 19.
[b] L. 18. D. h. t. 29. 2. L. 5. Cod. h. t. 5. 31. [c] L. 4. Cod. l. c. §. 5. 7. J. de hered. qual. 2. 19.

zuſtehenden Friſt geſchieht [d]. Die Ablehnung geſchieht durch einfache Willenserklärung [e]; ſie ſetzt aber Kenntniß der Delation voraus, wie die Antretung [f].

Anm. L. 97. D. h. t. (Paul. lib. 3. decret.) Clodius Clodianus, facto prius testamento, postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat; scriptus heres, cum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire; dicebam, non repudiare eum, qui putaret posterius valere; pronuntiavit, Clodianum intestatum decessisse. Vgl. Puchta's Vorleſ. §. 499. „Man kann nur etwas repudiiren, was deferirt iſt und von deſſen Delation man weiß. Dies iſt die Meinung des Paulus, der wir zu folgen haben."

§. 511.

2) Erwerb ohne Willen.

Diejenigen Perſonen, welche bis zum Tode des Erblaſſers in deſſen Gewalt geſtanden, ſowie auch die Nachgeborenen, welche früher geboren derſelben unterworfen ſeyn würden, erwerben als necessarii heredes [1] die Erbſchaft von ſelbſt, ohne ihr Wiſſen oder Wollen, unmittelbar durch die Berufung zu derſelben [a]. Dies gilt von dem zum Erben eingeſetzten Enkel auch dann, wenn er nicht suus heres des Teſtators iſt [b], ſo zwar, daß zugleich ſeinem ebenfalls in der Gewalt des Teſtators geſtandenen Vater von ſelbſt der Nießbrauch daran zufällt [2]. Ebenſo wird der Pupillarſubſtitut, der in der Gewalt des Teſtators ſtand, von ſelbſt Erbe des Pupillen [c]. Durch eine Poteſtativ-Bedingung der Erbeinſetzung kann die Antretung in den Willen des Eingeſetzten geſtellt werden, wenn gleich dieſer ſonſt ipso iure Erbe würde [d].

Durch das prätoriſche Recht iſt jedoch den Kindern überhaupt die Möglichkeit gegeben, ſich der väterlichen Erbſchaft zu entſchlagen [e], indem ſie ſich jeder Einmiſchung in dieſelbe enthalten [f], beneficium

[d] L. 4. D. quis ordo. 38. 15. L. 1. §. 3. D. si tab. test. 38. 6. cf. L. 1. §. 7. D. de succ. ed. 38. 9. §. 509. 2. [e] L. 95. D. h. t. 29. 2. L. 1. §. 6. D. de succ. ed. 38. 9. [f] L. 13...15. 17. 23. D. h. t. 29. 2.

[a] pr. §. 1...3. J. de hered. qual. 2. 19. L. 15. 16. D. h. t. 29. 2. [b] L. 6. §. 5. 6. D. eod. L. 13. D. de bon. lib. 38. 2. cf. L. 18. pr. D. de castr. pec. 49. 17. L. 6. 8. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. [c] L. 2. §. 1. L. 10. §. 1. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. L. 42. pr. in f. D. h. t. 29. 2. [d] L. 12. D. de condit. inst. 28. 7. L. 86. D. de hered. instit. 28. 5. [e] §. 2. J. l. c. cf. Gai. II. 158...160. [f] L. 11. 12. 57. 87. pr. D. h. t. 29. 2. L. 1. Cod. de repud. hered. 6. 31. cf. L. 71. §. 3...9. L. 91. D. l. c. L. 2. Cod. l. c.

abstinendi [3], welches auch ihren Erben [4] noch zu Statten kommt [a], wegen dessen nun aber auch, um eine Erklärung über Annahme oder Ablehnung zu erzielen, die Vorschriften des §. 509. auf sie Anwendung finden [b]. Die Folge der Enthaltung von der Erbschaft ist, daß der Erbfall nun so behandelt wird, als ob der Suus nicht Erbe des Vaters [5] geworden wäre [c], daher denn auch Andere nunmehr, als Substituten [k], Miterben [l], oder Intestaterben [m], und so aus anderm Grunde der Abstinirende selbst [n] die Erbschaft, beziehungsweise Miterben den Erbtheil, erlangen können [6], obwohl der letzte strenge genommen Erbe bleibt [o], und daher das Testament, wenn auch der Abstinent der einzige eingesetzte Erbe ist, bezüglich der nicht diese Erbschaft betreffenden Verfügungen nicht als destituirt gilt [p]. Uebrigens kann der Suus, nachdem er auf die Erbschaft verzichtet, doch dieselbe wiederum annehmen, wenn nicht die Erbmasse bereits verkauft ist [q], jedoch nur innerhalb einer Frist von drei Jahren, die aber für den Minderjährigen erst vom Ende seiner Restitutionsfrist an beginnen soll [r].

Anm. [1] Nach R. R. gehörte dahin auch der von seinem Herrn eingesetzte Sklave, necessarius heres schlechtweg. Die Kinder werden sui et necessarii genannt. Vgl. jedoch not. b.

[2] L. 6. §. 5. D. h. t. Interdum filiifamilias et sine aditione adquirent hereditatem his, in quorum sunt potestate: utputa si nepos ex filio exheredato heres sit institutus; patrem enim suum sine aditione faciet heredem, et quidem necessarium. Vgl. Arndts im Rtslex. IV. S. 7. fg.

[3] Vgl. überhaupt Witte im Rtslex. I. 856...871. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42. S. 325...396. — Dem Unmündigen soll die Einmischung nicht schaden, während die mündigen Minderjährigen nur in integrum restitutio dagegen erlangen können. L. 11. 57. D. h. t. Nach heutigem Recht muß aber wohl auch bei diesen die Immixtion ohne vormundschaftliche Zustimmung als völlig wirkungslos angesehen werden.

[4] Nach der Meinung Vieler jedoch nur dem suus heres des Erben: arg. L. 7. §. 1. D. h. t. L. 10. §. 2. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. Hasche in Linde's Ztschr. n. F. VII. S. 84. fg.

[5] L. 7. §. 1. D. cod. cf. L. 19. Cod. de iure delib. 6. 30. [a] L. 7. pr. L. 8. D. de iure delib. 28. 8. L. 12. D. de interrog. in iure. 11. 1. L. 19. 22. Cod. [b] L. 57. pr. L. 87. §. 1. L. 89. D. h. t. 29. 2. L. 89. D. de legat. I. cf. L. 17. D. de iniusto test. 28. 3. [c] L. 44. D. de re iud. 42. 1. [k] L. 44. cit. L. 38. 55. 56. D. h. t. 29. 2. [l] L. 6. Cod. de legit. hered. 6. 58. L. 6. §. 2. D. de bon. lib. 38. 2. L. 2. §. 8. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. [m] L. 1. §. 7. D. si quis om. caus. 29. 4. L. 91. D. h. t. 29. 2. [n] L. 30. §. 10. D. de fideicomm. lib. 40. 5. L. 2. §. 8. cit. [o] L. 12. pr. D. h. t. 29. 2. L. 12. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. cf. L. 30. §. 10. cit. L. 87. ...89. D. de legat. I. [q] L. 8. D. de iure delib. 28. 8. [r] L. ult. Cod. h. t. 6. 30.

[5] Eine Conſequenz daraus bezüglich des Pupillarſubſtituten enthält L. 42. pr. D. h. t. (Ulp.) Julianus . . . scripsit, si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres extitisset, non esse eum compellendum, creditoribus paternis respondere, nisi substitutus ei fuit; inclinat enim in hoc, ut putet, substitutum etiam patris onera subiturum. Quae sententia a Marcello recte notata est; impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem; metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit. Alioquin, inquit, et, si frater fuit, omissa causa testamenti ab intestato possidebit hereditatem, et quidem impune; nec enim videtur voluisse fraudare edictum, qui sibi prospicit, ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur. Sed quod in fratre scripsit, credo ita intelligendum, si non impuberis frater fuit, sed testatoris; ceterum utique si frater a patre fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres existet. Dem ſcheint aber L. 28. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. von Javolenus zu widerſprechen. Ueber die Vereinigungsverſuche vgl. Mühlenbruch Bd. 40. S. 419. fg. Bang. §. 454. a. E., Puchta Vorleſ. §. 478. Huſchke a. a. O. S. 98. fg.

[6] Beſtritten wird von Manchen die Regel, daß in Folge der Abſtinenz des Suus auch die Inteſtaterben zur Erbſchaft kommen können, indem ſie die Stellen in not. m. theils durch gezwungene Erklärung beſeitigen (L. 6. Cod. cit.), theils als bloße Ausnahmen anſehen. Witte a. a. O. S. 867. fg. Dagegen Mühlenbruch Bd. 42. S. 368. fg. Indeſſen kann im Intereſſe des unmündigen Erben (nach heutigem Recht wohl auch des minderjährigen) der Verkauf der Erbſchaft angeordnet werden, um ihm den ſich ergebenden Ueberſchuß zu erhalten. L. 6. pr. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. L. 79. D. ad Sc. Treb. 36. 1.

B. Erwerb der Erbſchaft durch einen Andern als den Delaten.

§. 512.

Regel iſt, daß nur derjenige Erbe werden kann, welchem die Erbſchaft deferirt iſt, daß alſo die Delation aufgehoben wird, wenn der Berufene die Erbſchaft nicht mehr erwerben kann. Daher geht das Recht, die Erbſchaft zu erwerben, nicht auf die Erben des Berufenen über, wenn dieſer vor der Erwerbung geſtorben iſt [a]. Daß der Erbe eines suus et necessarius heres auch die Erbſchaft des Vaters ſeines Erblaſſers erhält, ſog. transmissio ex capite suitatis [b], iſt keine Ausnahme von dieſer Regel. Es gibt aber Fälle, wo gegen die Regel anſtatt des eigentlich Berufenen ein Anderer

[a] L. un. §. 5. 13. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 7. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 3. §. 7. D. de b. p. 37. 1. [b] L. 8. Cod. de suis et legit. 6. 55. cf. L. 19. §. 2. D. de castr. pec. 49. 14. L. 9. §. 4. D. de reb. dub. 34. 4. L. 3. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 1. §. 8. D. de collat. bon. 37. 6. L. 4. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9.

Erbe werden kann, auf welchen nämlich die Delation übertragen wird, und welcher daher auch den Substituten ausschließt, vorausgesetzt freilich, daß nicht der Testator die Einsetzung durch den Selbsterwerb des Eingesetzten bedingt oder die Substitution deutlich bloß von der Nichterwerbung durch den Eingesetzten selbst abhängig gemacht hat. Jener Uebergang des Erwerbrechts auf einen Andern tritt schon beim Leben des Berufenen zu Gunsten des Vaters ein, wenn das in seiner Gewalt befindliche Kind die ihm angetragene Erbschaft ausschlägt [1]. Er findet sodann in verschiedenen Fällen nach dem Tode des Berufenen statt, theils zu Gunsten der Erben desselben, theils auch ohne Rücksicht auf dessen Beerbung. Die Fälle dieser Art, nebst dem in der Note b bezeichneten, pflegt man vorzugsweise Transmission der Erbschaft zu nennen [2].

Anm. [1] Im ältern Recht gab es einen andern Fall dieser Art; die legitima hereditas konnte vor der Antretung einem Andern in iure cessa und dadurch diesem das Antretungsrecht übertragen werden. Gai. II. 35...37. III. 85...87. Ulp. XIX. 13. 14. Dies kommt im Justinianischen Rechte nicht mehr vor, obwohl sich noch eine Spur davon in L. 4. §. 28. D. de doli except. erhalten hat, welche Stelle aber im Justinianischen Recht nur mehr von dem Fall einer Veräußerung der dem Delaten zuvor erworbenen Erbschaft zu verstehen ist. Gleichwohl wird es noch, ohne die Form der in iure cessio, für praktisch gehalten von Puchta §. 503. Dagegen Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43. S. 144. not. 63...65. Scheurl Beitr. S. 100.

[2] Vgl. Marezoll, zur Lehre v. d. sog. Transmissionsfällen, in Linde's Ztschr. II. 3. Steppes, die Transmission der Erbschaft nach R. R. München 1831. Mühlenbruch a. a. O. S. 143...243.

§. 513.

1) Sog. transmissio ex capite infantiae oder ex iure patrio.

Wenn die Erbschaft einem Kinde unter 7 Jahren angetragen ist, und dieses noch in der Infantia stirbt, bevor ihm die Erbschaft erworben ist, so steht dem Vater desselben das Recht zu, die Erbschaft zu erwerben [a], sogar auch dann, wenn sich das Kind nicht in dessen Gewalt befindet [d]. Dasselbe wird auch bei dem erwachsenen in der väterlichen Gewalt befindlichen Kinde angenommen, wenn durch Abwesenheit der Erwerb der Erbschaft vor dem Tode desselben verhindert worden ist [c], womit denn weiter auch der Fall des Wahnsinns gleich zu behandeln wäre.

[a] L. 8. pr. §. 3. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. cf. §. 508.

[b] L. 18. §. 1. Cod. de iure delib. 6. 30. [c] L. 18. §. 3. in f. Cod. l. c. [d] cf. L. 30. pr. D. de adquir. hered. 29. 2.

Anm. L. 18. §. 1. Cod. 6. 30. (Theodos. et Valent. a. 426.) ſagt: Sed si hoc parens neglexerit (sc. *adire infantis nomine hereditatem*) et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta iure patrio *quasi iam infanti quaesita* capere: mit Rückſicht darauf, daß damals noch alles dem Kinde Erworbene, auch die bona materna und materni generis, durch deſſen Tod iure peculii dem Vater zufiel. L. 1...3. Cod. de mat. bon. 6. 60. cf. L. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. Nach Juſt. Recht §. 429. 432.) wäre es nun conſequent, dies ſo zu verſtehen, daß der Vater nur daſſelbe Recht an der ſpäter erworbenen Erbſchaft haben ſolle, was ihm an der wirklich dem Kinde ſchon erworbenen zuſtehen würde, nur etwa nach L. 8. §. 1. 2. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. mit dem Zuſatze, daß er die Erbſchaft ganz für ſich behalte, wenn die Erben des Kindes dieſelbe ablehnen, was ich aber nach nov. 118. cap. 2. ohnehin von ſelbſt ergäbe, weil darnach der Vater zur Miterbſchaft des Kindes berufen iſt. Die herrſchende Anſicht aber, die Worte *quasi iam infanti quaesita* weiter nicht beachtend, findet darin ein dann freilich auffallend ſinguläres Recht des Vaters, die Erbſchaft ſchlechthin für ſich zu erwerben. Mühlenbruch Bd. 43. S. 199...204.

§. 514.

2) Sog. transmissio Theodosiana.

Nach einer Verordnung von Theodoſius II. [1], die Juſtinian noch ausdrücklich wieder beſtätigt hat [2], ſollen eingeſetzte Deſcendenten des Erblaſſers, wenn ſie auch vor Eröffnung des Teſtaments geſtorben ſind, ſie mögen von der Erbeinſetzung gewußt haben oder nicht, den ihnen hinterlaſſenen Erbtheil auf ihre Deſcendenten transmittiren, ſo daß dieſe noch denſelben, wenn ſie nicht die Erbſchaft (ihres Erblaſſers) ablehnen, als ihnen gebührend in Anſpruch nehmen können. Dies nennt man nun transmissio Theodosiana, deren nähere Beſtimmungen jedoch überaus ſtreitig ſind [3].

Anm. [1] L. un. Cod. de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt. 6. 52. (Theod. et Valent. a. p. Chr. 450.). Per hanc iubemus sanctionem, in posterum filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes, a patre vel matre, avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis seu soli sint instituti, et ante apertas tabulas defuncti, sive se noverint scriptos heredes sive ignoraverint, in liberos suos, cuiuscunque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere, memoratasque personas, si tamen hereditatem non recusant, nulla huiusmodi praescriptione obstante sibi tanquam debitam vindicare: quod scilicet etiam super legatis seu fideicommissis a patre vel a matre, avo vel avia, proavo vel proavia derelictis locum habet; si quidem perindignum est, fortuitas ob causas vel casus humanos

nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes avita vel proavita successione fraudari, aliosque adversus avitum vel proavitum desiderium vel institutum insperato legati commodo vel hereditatis gaudere. Habeant versolatium tristitiae suae, quibus est merito consulendum.

[2] L. un. §. 5. Cod. de cad. toll. 6. 51. In novissimo autem articulo ubi proprie caduca fiebant, ... etiam clausis tabulis tam existere heredes quam posse adire, sive ex parte sint sive ex asse instituti, censemus, et dies legatorum seu fideicommissorum ... a morte defuncti cedere; hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super huiusmodi casibus introducta loquitur etc.

[3] Vgl. Löhr im civ. Arch. II. 14. Steppes a. a. O. S. 33. fg., nur vorzüglich (auch wegen der Litteratur) Bangerow im civ. Arch. XXV. 14., sodann Mühlenbruch a. a. O. S. 204...218. Löhr in Linde's Ztschr. n. F. VII. 3. Huschke das. IX. 2. Wolff de transmissione Theodosiana diss. inaug. Marburgi 1853. Vgl. auch Schäffer's Arch. II. S. 504. fg. Seuffert's Arch. II. 311. V. 33. VI. 233. VII. 70. — Streitig ist namentlich, von andern weniger erheblichen Punkten abgesehen, a) ob diese Transmission nicht auch stattfinde, wenn die Eingesetzten schon vor dem Tode des Testators (Löhr, Sint. §. 204. not. 9.), oder b) erst nach der Testamentseröffnung gestorben sind (Löhr, Hudtwalcker, Puchta §. 503. Sint. Wolff S. 27. fg.)? c) ob nur, wenn ein Descendent pro parte, nicht ex asse eingesetzt ist (Huschke)? d) ob auch, wenn die Descendenten des Eingesetzten dessen Erbschaft ablehnen (Puchta, Löhr, Sint., Bang.)? e) ob sie auch bei der Intestaterbfolge anzunehmen sey (Puchta §. 503. a. E. Wolff S. 38. fg.)? f) ob und inwiefern sie auch anwendbar sey, wenn die eingesetzten Descendenten sui heredes sind (Wolff S. 31. fg.)? Die Beantwortung dieser Streitfragen hängt großentheils von der Ansicht über den historischen Zusammenhang und ursprünglichen Zweck der Constitution ab: ob diese α) eine stillschweigende Substitution der entferntern Descendenten anordnen wollte (Löhr)? oder β) wie die Meisten annehmen, durch die Bestimmungen der lex Papia Poppaea veranlaßt war, wornach regelmäßig ein ex parte eingesetzter Erbe die Erbschaft nicht ante apertas tabulas testamenti antreten, also, wenn er früher starb, dieselbe nicht als schon erworbene auf seine Erben transmittiren konnte. (Ulp. XVII. 1. XXIV. 31. cf. L. 1. §. 4. D. de iur. et facti ignor. 22. 6. L. 21. in f. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 3. Cod. de iure delib. 6. 30. L. un. §. 5. Cod. de cad. toll.)? oder γ) nur die Beseitigung gewisser Beschränkungen oder Einwendungen gegen eine schon früher behauptete Transmission zu Gunsten der Descendenten bezweckte (Huschke)? oder d) überall den entfernteren Descendenten ihren natürlichen Anspruch auf den Nachlaß der Großältern erhalten wollte, wo jenen das ihren zunächst berufenen Aeltern Bestimmte durch Vereitelung des Erwerbs derselben nach damaligem Recht entgangen wäre, indem nun dieser Erwerb dennoch zu ihrem Vortheil als geschehen behandelt werden sollte, selbst in dem Falle, wo die Eingesetzten nach der lex Pap. Popp. noch nicht hatten erwerben können (Wolff S. 11. fg.)? — Unrichtig scheint es jedenfalls, wenn man die Worte *licet non sint invicem substituti* gewöhnlich von

der Subſtitution der entfernten Deſcendenten verſteht; ſie ſind vielmehr von gegenſeitiger Subſtitution aller Eingeſetzten zu verſtehen, wodurch man die Anwendung der lex Pap. Poppaea de caducis auszuſchließen pflegte. Vgl. Wolff S. 17. fg.

§. 515.

3) Sog. transmissio Justinianea.

Wenn der Berufene vor Ablauf eines Jahres, nachdem ihm die Berufung kund geworden, oder, falls er ſich eine Ueberlegungsfriſt erbeten hat, vor Ablauf dieſer Friſt, aber auch noch innerhalb jenes Jahres geſtorben iſt, ohne ſich über Annahme oder Ablehnung der Erbſchaft erklärt zu haben, ſo können ſeine Erben noch innerhalb der übrigen Zeit des Jahres, beziehungsweiſe der Ueberlegungsfriſt, aber jedenfalls doch nur innerhalb jenes Jahres, anſtatt ihres Erblaſſers die Erbſchaft antreten [1]. Auch durch teſtamentariſche Feſtſetzung einer Antretungsfriſt kann dieſe Transmiſſion auf eine kürzere Zeit eingeſchränkt, nicht aber über das Jahr hinaus erſtreckt werden [2].

Anm. [1] Dieſe Transmiſſion beruht auf einem Geſetz Juſtinian's vom J. 529., L. 19. Cod. h. t. 6. 30. Quum in antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Julii Pauli invenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem transmittere, et aliis quibusdam adiectis, quae in huiusmodi personis praecipua sunt, eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos sive extraneos, duximus esse protelandam. Ideoque sancimus: si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit, vel hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa, et si quidem is, qui sciens, hereditatem sibi esse vel ab intestato vel ex testamento delatam, deliberatione minime petita intra annale tempus decesserit, hoc ius ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, postquam ei testamentum fuerit insinuatum vel ab intestato vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renuntiandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur. Sin autem instante annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat, quo completo nec heredibus eius alius regressus in hereditatem habendam servabitur. — Beſtritten iſt a) daß auch in dem Falle, wenn eine längere Ueberlegungsfriſt gegeben iſt, die Transmiſſion auf das Jahr eingeſchränkt ſey. Steppes S. 57. Puchta §. 504. Dagegen Bangerow im civ.

Arch. XXIV. 5. S. 170. fg. Mühlenbruch Bd. 41. S. 322. fg. b) ob die Delation nicht auch stattfinde, wenn der Berufene ohne Kenntniß von der Berufung gestorben ist? Bang. a. a. O. S. 178. fg. Dagegen Mühlenbruch Bd. 43. S. 219. fg. Puchta §. 504. not. m. k. „In der ungloſſirten Nov. 158. mit freilich die transmissio iustinianea auf den Fall, wenn der Delat in der Kindheit, alſo handlungsunfähig, verſtarb, angewendet, und zugleich das Jahr von Tod des Erblaſſers an gerechnet. Das Letztere enthält eine Abweichung von dem Grundſatz der L. 19. cit., und dies mag wohl berechtigen, auch das erſte, als überhaupt die Anwendung des Geſetzes auf dieſen Fall, für Willkür zu erklären."

[2] Ungegründet iſt die Meinung, daß die Transmiſſion hier ganz ausgeſchloſſen ſey. Mühlenbruch Bd. 41. S. 326. S. dagegen Bangerow a. a. O. S. 194. Mühlenbruch Bd. 43. S. 224.; L. 72. D. de adquir. hered. 29. 2. ſteht dem nicht entgegen.

§. 516.

4) Sog. transmissio ex capite in integrum restitutionis.

War der Berufene in dem Falle, daß er gegen Verſäumung des Erwerbs der Erbſchaft Wiedereinſetzung in den vorigen Stand erlangen konnte, ſo kann dieſe auch noch von ſeinen Erben innerhalb der Reſtitutionsfriſt erwirkt werden [a]. Aber auch wenn der Berufene ſelbſt vom Erwerbe noch nicht ausgeſchloſſen, jedoch bis zu ſeinem Tode daran durch einen Umſtand gehindert war, der für ihn, wenn ihn deshalb jener Rechtsverluſt betroffen hätte, einen genügenden Reſtitutionsgrund abgäbe, ſo können nunmehr ſeine Erben noch, gleichwie im erſten Falle, zur Erbſchaft gelangen. So iſt namentlich anerkannt, wenn der Berufene durch Abweſenheit in Staatsgeſchäften anzutreten verhindert war [b], und wenn gewiſſe rechtliche Hinderniſſe die Antretung verzögert hatten [c].

Anm. Ueber die verſchiedenen Anſichten, insbeſondere über die Frage, inwiefern hier eine wahre Transmiſſion, und inwiefern namentlich ex capite in integrum restitutionis, anzuerkennen, ſodann inwiefern eine analoge Anwendung der ausdrücklich entſchiedenen Fälle zuläſſig ſey? vgl. vorzüglich Mantzoll in der Ztſchr. II. S. 62. fg. Steppes a. a. O. S. 59. fg. Mühlenbruch Bd. 43. S. 157...199. Sint. §. 204. not. 4...12.

[a] L. 1. Cod. de restit. milit. 2. 51. cf. L. 6. D. de in int. rest. 4. 1. L. 86. pr. D. de adquir. hered. 29. 2. L. 24. §. 2. D. de minor. 4. 4. [b] L. 86. pr. D. cit. L. 30. pr. eod. [c] Cf. α) L. 3. §. 30. L. 4. D. ad Sc. Silan. 29. 5. β) L. 4. §. 3. L. 5. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 84. D. de adquir. hered. 29. 2. γ) L. 12. D. de Carb. ed. 37. 10. δ) L. 6. §. 1. L. 42. §. 3. D. de bon. lib. 38. 2.

C. Gegenſtand der Erwerbung. Anwachſungsrecht.

§. 517.

Die Erbſchaft wird erworben, ſo wie ſie deferirt worden iſt. Durch Annahme eines Theils erwirbt der Berufene das Ganze, wozu er berufen iſt [a], und wer auf mehrere geſonderte Erbtheile eingeſetzt iſt, erwirbt durch Annahme des einen ſofort alle Erbtheile [b]. So wird auch der auf einen Theil bedingt, auf einen andern unbedingt oder unter einer andern Bedingung Eingeſetzte nach Annahme des urſprünglich unbedingten oder zuerſt durch Erfüllung der Bedingung unbedingt gewordenen Erbtheils durch Erfüllung der Bedingung des andern Erbtheils von ſelbſt zu beiden Theilen Erbe [c]; daher auch dem Inſtitutus, der zugleich einem Miterben ſubſtituirt iſt, der Erbtheil des letzten von ſelbſt zufällt, wenn der Subſtitutionsfall eintritt, nachdem er als Inſtitutus Erbe geworden [d], und der bedingt Inſtituirte und zugleich einem Andern Subſtituirte, nachdem er in letzter Eigenſchaft Erbe geworden, wenn ſpäter die Bedingung ſeiner Inſtitution in Erfüllung geht, von ſelbſt mit Ausſchließung anderer Miterben auch den Inſtitutionserbtheil erwirbt [e]. Aber immer wird vorausgeſetzt, daß die Delation der verſchiedenen Erbtheile eingetreten ſey [f], alſo der Eingeſetzte die Erfüllung der Bedingung, d. i. im Fall der Subſtitution den Wegfall des Miterben erlebe [g]; der bedingte Erbtheil fällt nicht auch den Erben des Eingeſetzten aus dieſem Grunde zu, wenn die Bedingung erſt nach deſſen Tode erfüllt wird [1]. Wer übrigens den unbedingten Erbtheil ausgeſchlagen hat, kann auch den bedingten nicht mehr erwerben [h], wenn gleich die Bedingung erſt ſpäter in Erfüllung geht [2].

Anm. [1] Unbeſtreitbar iſt dies, nach klarem Ausſpruch der Quellen (not. f.), bezüglich der Subſtitutionsportion, und zwar auch bei der ſog. substitutio reciproca aller Eingeſetzten. In Anſehung eines anderswie bedingten Erbtheils beweist es L. 59. §. 6. cit. Si ita scriptum fuerit: *Titius ex parte tertia, Maevius ex parte tertia heredes sunto; Titius, si intra tertias Calendas navis ex Asia venerit, ex reliqua parte heres esto:* videamus, ne Titius statim ex semisse heres sit. Nam duo heredes instituti sunt; sed Titius aut ex semisse aut ex besse; ita sextans utique erit in pendenti, et si

[a] L. 1. 10. D. h. t. 29. 2. [b] L. 80. pr. §. 1. eod. [c] L. 53. 76. pr. eod. [d] L. 35. pr. 76. pr. eod. [e] L. 76. pr. cit. [f] L. 80. §. 1. in f. eod. [g] L. 81. eod. L. 23. 45. §. 1. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. L. 9. D. de suis et legit. 38. 16. ... L. 59. §. 6. D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 53. pr. D. h. t. 29. 2. [h] arg. L. 2. D. h. t. 29. 2. L. 41. §. 4. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. L. 20. Cod. de iure delib. 6. 30. cf. Gai. II. 169.

conditio extiterit, ex besse heres erit, si non extiterit, ille sextans Maevio adcrescet. Sed si decesserit Titius, antequam conditio exsistat, deinde conditio extiterit, tamen ille sextans non Titii heredi, sed Maevio accrescet; nam cum adhuc dubium esset, Titio an Maevio is sextans daturus esset, Titius decessit, nec potest intelligi datus ei, qui tempore dandi in rerum natura non fuit. Damit ſteht aber im Widerſpruch L. 53. pr. D. h. t. Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub conditione, et ex pura institutione adierit et decesserit, postea conditio extiterit: ea quoque pars ad heredem eius pertinet. Man nimmt hiernach als Regel an, daß der bedingte Erbtheil auch den Erben des Erben noch von ſelbſt zufalle; Puchta §. 504. not. r. s.; und findet darin wohl mit einen Transmiſſionsfall, wobei man ſich abmüht, den Widerſpruch mit L. 53. §. 6. cit. zu löſen. Mühlenbruch Bd. 43. S. 150. fg. Der Schwierigkeit und Inconſequenz entgeht man durch eine leichte Textverbeſſerung: *posteaquam* in *posteaque*, womit ſich auch Bang. 6. Aufl. §. 498. S. 393. einverſtanden erklärt.

[2] In der erſten Ausgabe wurde, ausgenommen für den Fall wechſelſeitiger Subſtitution der Eingeſetzten, das Gegentheil behauptet, arg. L. 76. §. 1. D. h. t. (Iavolen.) Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris *additionem*, numquid dubitas, quin ex substitutione adeundo Titiano partis habiturus partem esses? Respondit: non dubito, quin si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis ant amittere velim ant vindicare. Allein dieſe Stelle iſt nicht von dem Fall der erklärten Ablehnung des Inſtitutionserbtheils zu verſtehen, ſondern von der bloßen Verſäumung der Antretung deſſelben (nach älterem Recht der Cretio), und ſehr wahrſcheinlich iſt, daß *additionem* interpolirt iſt für *cretionem*. cf. Gai. II. 164. sq. 174. sq. Leist observationes ad fr. 76. §. 1. D. de acquir. vel om. hereditate. Jenae 1843. 4°.

§. 518.

Der Erwerb desjenigen, der zu einem Theil Erbe geworden, erſtreckt ſich von ſelbſt auch auf jeden Erbtheil, der durch Wegfall eines mit ihm Eingeſetzten oder geſetzlich Berufenen frei wird[1], wozu aber vorausgeſetzt wird, daß weder durch Transmiſſion noch durch Subſtitution noch auch wegen Unwürdigkeit (§. 520.) ein Anderer an des Weggefallenen Stelle trete[1]. Der freigewordene Erbtheil wächst den wirklich Erbenden oder deren Erben[b] zu (accrescit, daher ius accrescendi), als ob der Erbtheil des Weggefallenen von Anfang an nicht vergeben geweſen wäre, daher zunächſt den mit jenem zu einem gemeinſchaftlichen Erbtheil

[a] L. 3. §. 9. L. 4. 5. D. de b. p. 37. 1. L. 9. D. de suis et legit. 38. 16. L. 7. Cod. quando non petentium partes petentibus accrescant. 6. 10. cf. L. 2. D. si pars hered. pet. 5. 4. [b] L. 9. cit. L. 26. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1.

eingeſetzten [c] oder bei der geſetzlichen Erbfolge den mit ihm zu demſelben Stamm oder derſelben Linie gehörenden Erben [d], und denjenigen, deren Erbrecht geſetzlich auf ein beſtimmtes höchſtes Maß beſchränkt iſt, nur bis zu deſſen Erreichung [e]; und zwar geſchieht dies von ſelbſt und unabweislich [f], was jedoch in dem Falle eine Ausnahme erleidet, wenn der Erbtheil durch Abſtinenz [g] oder durch Reſtitution gegen den Erwerb [h] frei geworden iſt [3]. Bei der teſtamentariſchen Erbfolge beruht dieſes Anwachſungsrecht auf dem Grundſatze des §. 470.; daher findet es bei der Beerbung aus einem Soldatenteſtament nicht ſtatt, ſofern es hier nicht durch den Willen des Teſtators begründet iſt [i].

Anm. [1] Baumeiſter, das Anwachſungsrecht unter Miterben nach R. R. Tübingen 1829. Mayer, das Recht der Anwachſung bei dem teſtament. und geſetzl. Erbrechte und bei Legaten und Fideicommiſſen. Tübingen 1835. Witte im Rtslex. I. S. 270. fg. Mühlenbruch Bd. 43. S. 243. fg. Vgl. Rudorff, über die caducorum vindicatio, in der Ztſchr. f. geſch. Rtsw. VI. 6. — Manche behaupten, auch durch die successio graduum (§. 478.) werde das Anwachſungsrecht ausgeſchloſſen. So beſonders Francke Beitr. Nr. 8. Mayer und Witte a. a. O. Siehe dagegen u. a. Baumeiſter S. 39. fg. Büchel Erörtr. II. 2. S. 82. fg. Bang. §. 420. Mühlenbruch a. a. O. S. 270. fg.

[2] Alſo, wenn mehrere bezüglich eines Erbtheils re coniuncti oder re et verbis coniuncti ſind (§. 494. Anm. 2.). Gegen die Meinung, daß auch von den bloß verbis coniuncti daſſelbe gelte, ſo wie daß es von den bloß re coniuncti nicht gelte: ſ. Bang. §. 496. Mühlenbruch Bd. 43. S. 303. fg.

[3] Vgl. a) L. 55. D. h. t. Cum hereditate patris necessarius heres se abstineat, conditio coheredi sive suo sive extraneo defertur, ut aut totam agnoscat aut a tota recedat, et ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat. Si tamen creditores dicant, se contentos esse eius portione, quia non potest exonerari, nisi deferatur conditio, et alterius parte abstinere se creditores debent, ut eius actiones ei, qui convenitur, dentur. Jedoch L. 38. eod. Si ... alter, posteaquam prior abstinuit, immiscuit se, dicendum est, hunc non posse recusare, quominus tota onera hereditaria subeat. b) L. 61. eod. Si minor annis, posteaquam ex parte heres extitit, in integrum restitutus est, Divus Severus constituit, ut eius partis onus coheres suscipere non cogatur, sed bonorum possessio creditoribus detur. — Schmidt (von Ilmenau) civ.

[c] L. 59. §. 3. L. 63. 66. D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 17. §. 1. cod. [d] L. 12. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 5. §. 2. D. de coniung. cum emanc. lib. 37. 8. L. 5. §. 2. D. si tab. test. 38. 6. cf. §. 479. [e] L. 6. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. cf. §. 481. 482. [f] L. 9. cit. L. 2. §. 8. D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 31. 53. §. 1. D. de adquir. hered. 29. 2. L. un. §. 10. Cod. de cad. toll. 6. 51. [g] L. 38. 55. D. de adquir. hered. 29. 2. [h] L. 61. D. eod. cf. §. 519. [i] L. 37. D. de test. mil. 29. 1. cf. L. 3. Cod. eod. 6. 21.

Abh. I. S. 63. fg. „von dem Anwachsen eines erworbenen und wieder aufgegebenen Erbtheils.“ Mühlenbruch Bd. 42. S. 366. fg. Bd. 43. S. 131. fg. Puchta de adcrescente portione eius, qui praetoris auxilio ab hereditate se abstinuit. Lipsiae 1842., in des Vf. kleinen civ. Schriften S. 552. fg.

D. Aufhebung des Erbschaftserwerbes.

§. 519.

1) Durch den Willen des Erben.

Der Wille des Erben kann den Erwerb der Erbschaft wieder rückgängig machen 1) vermöge des beneficium abstinendi (§. 511.). 2) durch Nachsuchen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Antretung oder bei dem Suus gegen die Einmischung in die Erbschaft, die z. B. wegen Minderjährigkeit erlangt werden kann [a], oder wegen erlittenen Zwangs zur Antretung [b], nicht leicht wegen bloßen Irrthums über den Bestand der Erbschaft [c], womit nach Justinianischem Recht der Erbe gegen die Gefahr wirklichen Verlustes bei Annahme der Erbschaft sich sicher stellen kann (§. 523.). Die Wirkung der ertheilten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist analog, wenn auch nicht durchweg gleich derjenigen der Enthaltung eines suus heres, wie rücksichtlich der Stellung des Restituirten selbst [d], so auch rücksichtlich der Möglichkeit des Eintritts nachfolgender Erben [e] und des Anwachsungsrechts für Miterben. Hat ein Kind gegen den durch den Vater geschehenen Erwerb Restitution erhalten, so bleibt die Erbschaft dem Vater als ihm selbst erworbene [g].

Anm. Ueber die Restitution gegen den Erwerb der Erbschaft vgl. überhaupt Mühlenbruch Bd. 43. S. 116. fg. Betreffend die Frage, ob auch den Nacherben dadurch die Erbschaft zugänglich werde, ist große Meinungsverschiedenheit hervorgerufen durch L. 2. D. de succ. ed. 38. 9. Inferioris gradus cognatus beneficium edicti successorii non habuit, cum prior ex propria parte possessionem accepisset. Nec ad rem pertinuit, quod abstinendi facultatem ob auxilium aetatis prior cognatus acceperat. Igitur fisco vacantia bona recte deferri placuit. Witte im Rsslex. I. S. 868. Anm.

[a] § 5. J. de hered. qual. 2. 19. L. 57. §. 1. D. de adquir. hered. 29. 2. L. 1. Cod. si minor ab hereditate se abstineat. 2. 39. [b] L. 21. §. 5. D. quod met. 4. 2. L. 85. D. de adquir. hered. 29. 2. [c] §. 6. J. l. c. cf. Gai. II. 163. §. 5. D. de minor. 4. 4. cf. L. 31. eod. L. 30. §. 10. 11. D. de fideicomm. lib. 40. 5. [d] L. 6. §. 3. D. de bon. lib. 38. 2. L. 1. §. 10. L. 2. §. 10. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. L. 7. §. 10. D. de minor. 4. 4. cf. L. 2. D. de succ. ed. 38. 9. [e] L. 61. D. de adquir. hered. 29. 2. cf. §. 518. Num. 3. [g] L. 8. §. 6. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. cf. §. 508.

daſ. IV. S. 23. Puchta §. 506. not. b. c. Mühlenbruch Bd. 42. S. 377. fg. Bd. 43. S. 131. fg.

§. 520.

2) Ohne Willen des Erben. Ereption.

Ohne Willen des Erben kann der Erwerb rückgängig oder vereitelt werden:

1) durch Eintritt eines Endtermins oder einer auflöſenden Bedingung beim Soldatenteſtament; und zwar hier mit der Wirkung, daß nun von da an die Erbſchaft auf einen andern übergeht [a];

2) durch Reſciſſion des Teſtaments, kraft deſſen die Erbſchaft erworben war [b];

3) durch eines vorberufenen Erben Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen die Ablehnung der Erbſchaft, kraft deren nun dieſer die Erbſchaft wieder an ſich zieht [c];

4) durch Entreißung der Erbſchaft wegen Unwürdigkeit des Erben von Seiten eines dazu Berechtigten [d]. Aus verſchiedenen Gründen nämlich, hauptſächlich wegen Verletzung der Achtung und Dankbarkeit gegen den Erblaſſer, können Erbſchaften wie Vermächtniſſe dem Berufenen als Unwürdigen entzogen werden, entweder durch den Fiscus oder durch beſtimmte andere Perſonen. Hat der Unwürdige die Erbſchaft angetreten, ſo bleibt er zwar ſtrenge genommen Erbe, und er kann auch nicht Aufhebung des Rechtsverluſtes verlangen, der ihm durch Confuſio verurſacht worden iſt, ausgenommen wenn er aus entſchuldbarem Irrthum angetreten hatte [e]; in der That aber wird er durch die Ereption des erbſchaftlichen Vermögens verluſtig [f]. Indeſſen iſt das Recht der Entreißung nur durch die Berufung, nicht durch den Erwerb des Unwürdigen bedingt, damit es nicht von deſſen Willkür abhänge [g]; daher kann dasſelbe auch gegen einen Andern geltend gemacht werden, wenn der Unwürdige die Erbſchaft ausgeſchlagen und jener darauf, ohne ſelbſt zur Ereption berechtigt zu ſeyn, als Nacherbe dieſelbe angetreten oder als Miterbe vermöge des Anwachſungsrechts den Erbtheil an ſich genommen hat.

[a] L. 15. §. 4. L. 41. pr. D. de test. mil. 29. 1. cf. §. 495. L. 19. §. 2. D. l. c. [b] L. 21. §. 2. D. de inoff. test. 5. 2. [c] L. 1. 2. Cod. si ut omissam hereditatem vel bonorum possessionem vel quid aliud adquirat. 2. 40. L. 2. Cod. si min. ab hered. 2. 39. [d] Dig. de his quae ut indignis auferuntur. 34. 9. Cod. de his quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad Sc. Silanianum. 6. 35. [e] L. 8. 17. 18. §. 1. D. h. t. 34. 9. L. 29. §. 1. 2. D. de iure fisci. 49. 14. [f] L. 18. D. h. t. 34. 9. [g] L. un. §. 12. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 25. §. 1. D. h. t. 34. 9.

Anm. Wegen Unwürdigkeit verliert die Erbschaft:

1) zum Vortheil des Fiscus:

a) wer den Tod des Erblassers durch Absicht oder Fahrlässigkeit verur[sacht] hat. L. 3. D. h. t. L. 10. Cod. h. t.

b) wer es unterläßt, die Untersuchung gegen den Mörder des Erblassers zu bewirken, ausgenommen wenn er minderjährig ist. L. 6. 7. Cod. h. t. L. 2[1] D. h. t. L. 15. D. ad Sc. Silan. 29. 5.

c) wer beim Leben des Erblassers ohne dessen Zustimmung über die Erbschaft einen Vertrag geschlossen hat. L. 2. §. 3. D. h. t. L. 29. §. 2. L. 3 D. de donat. 39. 5. cf. §. 470. Anm. 3.

d) wer die Rechtsfähigkeit des Testators, durch dessen Willen ihm eine hinterlassen ist, mit Unrecht bestritten hat. L. 9. §. 2. D. h. t.

e) wer den letzten Willen, wodurch er bedacht ist, als verfälscht, pflichtwi[drig] oder durch bonorum possessio contra tabulas angefochten, oder solche Anfe[chtung], ohne durch eine ihm obliegende Pflicht genöthigt zu seyn, unterstützt hat. L. 2. pr. L. 5. §. 1...19. L. 7. 15. 22. D. h. t. L. 18. §. 1. D. de p. c. t. 37. 4. L. 29. §. 1. D. de iure fisci. 49. 14. L. 6. D. ad L. Corn. de fals. 9. 22.

f) wer den Erblasser böswillig an der Errichtung oder Aenderung eines letzten Willens gehindert hat und nun als Intestaterbe oder vermöge des unveränderten letzten Willens etwas erhält. L. 19. D. h. t. Dig. si quis aliquem testari prohibuerit. 29. 6. Cod. 6. 34. vgl. §. 491. Anm. 2.

g) wer sich gegen den Erblasser anheischig gemacht hat, das ihm Hinterlassene ganz oder zum Theil oder auch statt dessen etwas anderes an eine unfähige Person herauszugeben (fideicommissum tacitum); er verliert hier, was er restituiren sollte; jedoch ausgenommen das in der väterlichen Gewalt des Erblassers gestandene Kind. L. 10. 11. 18. 23. D. h. t. L. 17. §. 2. D. usur. 22. 1. L. 3. §. 4. D. de iure fisci. 49. 14.

h) wer mit dem Erblasser wissentlich, nicht in der Minderjährigkeit, in verbotener Geschlechtsverbindung gelebt hat. L. 2. §. 1. L. 13. 14. D. h. t. L. 4. Cod. de incest. nupt. 5. 5. cf. L. 11. §. 1. D. de testam. mil. 29. 1.

i) der eingesetzte Erbe, hinsichtlich dessen der Testator, ohne das Testament oder die Erbeinsetzung wirklich aufzuheben, seinen Willen kund gegeben, daß er ihn nicht zum Erben haben wolle, z. B. auch durch Ausstreichen seines Namens oder durch Errichtung eines andern ungültigen Testaments, worin er denselben nicht eingesetzt hat. L. 12. 16. §. 2. D. h. t. L. 4. Cod. eod.

k) derjenige, der vom Testator als sein Kind eingesetzt worden, nach dessen Tode aber für untergeschoben erkannt wird. L. 46. pr. D. de iure fisci. 49. 14. cf. §. 491. Anm. 1.

l) der Pupillarsubstitut, welcher nach dem Tode des Kindes die Mutter mit Unrecht der Unterschiebung desselben anklagt, um als nächster Verwandter des Vaters ab intestato zu beerben. L. 16. pr. D. h. t. — Das R. R. enthält zudem noch einen jetzt unpraktischen Fall nach dem Sc. Silanianum. L. 5. §. 2. L. 8. §. 1. L. 27. D. de Sc. Silan. 29. 6. L. 3. Cod. h. t.

2) zum Vortheil anderer Personen:

a) wer eine Auflage des Erblaſſers ein Jahr lang, nachdem er durch richterliche Verfügung zur Erfüllung aufgefordert iſt, unerfüllt läßt; er verliert das ihm Hinterlaſſene (jedoch als Pflichttheilsberechtigter nur bis zum Pflichttheil) zunächſt an den Subſtituten, dann der Reihenfolge nach an Miterben, Univerſalfideicommiſſare, Legatare, Inteſtaterben nach der Ordnung der Inteſtaterbfolge, nur mit Ausnahme der enterbten, überall vorausgeſetzt, daß ſie ſich zur Erfüllung der Auflage anheiſchig machen, endlich an jeden Andern, der dieſe Bedingung erfüllt, und, wenn ſich keiner findet, an den Fiscus. nov. 1. cap. 1. 4. cf. cap. 2. §. 2. ibid.

b) wer die ihm vom Erblaſſer aufgetragene Erziehung eines unmündigen Kindes ablehnt; er verliert den ihm deßhalb hinterlaſſenen Erbtheil an die Miterben, wie ein Vermächtniß zum Vortheil des damit Beſchwerten. L. 1. §. 3. D. ubi pup. ed. 27. 2.

c) wer, im Teſtament zum Vormund ernannt, ſich excuſirt; er verliert das ihm Hinterlaſſene an diejenigen, welche es ohne dieſe Anordnung haben würden, wofern nicht die Abſicht des Teſtators, ihm daſſelbe nichtsdeſtoweniger zuzuwenden, bewieſen wird; L. 5. §. 2. D. h. t. L. 28. §. 1. L. 32...36. D. de excus. 27. 1. L. 25. Cod. de legat. 6. 37.; desgleichen

d) wer die ihm aufgetragene Beſorgung des Begräbniſſes des Erblaſſers unterläßt. L. 12. §. 4. D. de religios. 11. 7.

e) der Erbe, der ſich der Pflege des wahn- oder blödſinnigen Erblaſſers auf ergangene Aufforderung nicht unterzogen hat, an deſſen Statt der Verpfleger des Erblaſſers die Erbſchaft oder den Erbtheil erlangt. nov. 115. cap. 3. §. 12. cf. §. 482. Anm. 2.

f) Kinder und Aeltern, welche ihre Aeltern oder Kinder, desgleichen ſonſtige Erben, welche wiſſend, daß ſie deſſen teſtamentariſche oder geſetzliche Erben ſeyn werden, den Erblaſſer in feindlicher Gefangenſchaft gelaſſen haben, ohne ihn loszukaufen, falls ſie wenigſtens 18 Jahre alt waren, und der Erblaſſer in der feindlichen Gefangenſchaft und Unfähigkeit, ihr liebloſes Betragen ſelbſt zu beſtrafen, geſtorben iſt; die Erbſchaft ſoll hier an die Kirche des Geburtsortes des Erblaſſers fallen und von dieſer zum Loskauf anderer Gefangenen verwendet werden. nov. 115. cap. 3. §. 13. cap. 4. §. 7.

g) wer die Erbittung einer Vormundſchaft für den Erblaſſer pflichtwidrig verſäumt hat; er verliert ſeine Erbanſprüche zum Vortheil der ſonſt berufenen Erben. §. 446. not. d. Eben ſo endlich

h) Geſchwiſter, als Inteſtaterben, wenn ſie dem Erblaſſer nach dem Leben getrachtet, denſelben peinlich angeklagt oder böswillig ihm einen Vermögensverluſt zu bereiten geſucht haben. nov. 22. cap. 47. pr.

IV. Rechtsverhältniß der Erben.

§. 521.

A. Im Allgemeinen.

Durch den Erwerb der Erbſchaft geht die Geſammtheit der Vermögensverhältniſſe des Erblaſſers auf den Erben über, und

zwar [a] auch dann, wenn er erst nach einer Zwischenzeit die Erbschaft angetreten, in gleichem Umfang, als ob er unmittelbar im Zeitpunkt des Todes des Erblassers in dessen Stelle getreten wäre, indem nach §. 465. durch die in der Zwischenzeit die Person des Erblassers darstellende Erbschaft der Uebergang auf den Erben vermittelt wird [1]. Der Erbe ist nunmehr und von jetzt an vollkommenes Subjekt aller einzelnen in der Erbschaft begriffenen Vermögensverhältnisse (§. 464.), nicht anders, als ob sie mit demselben Inhalt auf andere Weise für ihn begründet wären, so daß also alle erbschaftlichen Verhältnisse von selbst Bestandtheile des Vermögens des Erben geworden sind [2]. Eine nothwendige Folge davon ist, daß die zuvor zwischen dem Erblasser oder der Erbschaft und dem Erben selbst bestandenen Schuldverhältnisse, und eben so die dinglichen Rechte, welche zuvor dem Erben an Sachen des Erblassers oder diesem an Sachen des Erben zustanden, durch Confusion erloschen sind [b]. Nach dem Tode des Erben aber bildet das ganze Vermögen desselben mit Inbegriff der erworbenen Erbschaft wiederum nur Eine Erbschaft [c]. Aber die Repräsentation des Erblassers durch den Erben ist gleichwohl ein dauerndes Verhältniß [3], und so kann auch die Unterscheidung der Erbeseigenschaft in der Person des Erben von dessen sonstiger vermögensrechtlicher Persönlichkeit nachher noch in besonderen Beziehungen von Bedeutung seyn [d].

Anm. [1] L. 54. D. de acquir. hered. Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. Dahin L. 38. pr. D. de R. J. Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. Man hat in dem ersten Satze eine von der Fiction der in der Erbschaft fortdauernden Persönlichkeit wesentlich verschiedene Fiction der Rückbeziehung des Erbschaftsantritts finden wollen, die sogar mit jener im Widerspruch stehe und als die früher aufgestellte durch jene hätte verdrängt worden seyn (Ihering) oder doch neben derselben in gewissen Beziehungen sich geltend mache (Scheurl), vgl. §. 465. Anm. 1. Man hat den Satz verstanden, als sage er: nach Antretung der Erbschaft sey es so anzusehen, als sey

[a] L. 138. pr. L. 193. D. de R. J. L. 54. D. de adquir. hered. 29. 2. L. 22. §. 1. D. de stip. serv. 45. 3. cf. §. 465. [b] L. 2. §. 18. D. de hered. v. act. vend. 18. 1. L. 75. D. de solut. 46. 3. L. 21. §. 1. D. de lib. leg. 34. 3. — L. 48. D. de servit. 8. 1. L. 116. §. 4. D. de legat. I. cf. §. 194. not. c. d. 199. 200. 273. 389. not. c. [c] L. 10. §. 2. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. L. 7. §. 2. D. de adquir. hered. 29. 2. cf. L. 65. 70. D. de V. S. L. 194. D. de R. J. [d] L. 5. 21. §. 2. L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 93. pr. §. 1. 3. D. de solut. 46. 3. L. 13. D. de duob. reis. 45. 2. cf. §. 273. 357. — L. 14. §. 13. D. de legat. I. L. 1. §. 15. D. ad leg. Falc. 35. 2. Gai. III. 84.

der Erbe ſchon zur Todeszeit angetreten habe, alſo damals ſchon wirklich Erbe geworden ſey, und hat darauf auch den Ausſpruch der L. 193. D. de R. J. gedeutet: Omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent. Allein dieſer drückt weſentlich nur eine nothwendige Conſequenz der nach §. 465. anerkannten Einheit des Erblaſſers, der Erbſchaft und des Erben als ſolchen aus oder iſt vielmehr nur ein anderer Ausdruck der durch dieſe Einheit bewirkten Verknüpfung des Erben mit dem Erblaſſer, und zu keiner Zeit iſt von den römiſchen Juriſten eine Fiction früher geſchehener Erbantretung oder die Rückbeziehung derſelben in dem oben angedeuteten Sinne und mit den daraus conſequent ſich ergebenden Wirkungen anerkannt worden: arg. a) L. 9. §. 5. D. de pecul. 15. 1. L. 8. §. 1. D. de pecul. leg. 33. 8. L. 80. D. de legat. II. L. 40. D. de noxal. act. 9. 4. L. 44. §. 2. L. 60. D. de furt. 47. 2. L. 1. §. 1. D. si is qui test. liber. 47. 4. b) L. 16. D. de a. et o. 44. 7. L. 15. pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 1. §. 6. D. de iniur. 47. 10. L. 16. 18. §. 2. L. 28. §. 4. D. de stip. serv. 45. 3. L. 27. §. 10. D. de pact. 2. 14. c) L. 21. §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. L. 11. §. 2. D. de acceptil. 46. 2. L. 77. D. de o. v. 45. 1. L. 9. D. de naut. foen. 22. 2. d) L. 1. §. 6. 7. D. de iniur. 47. 10. pr. J. de stip. serv. 3. 17. L. 16. D. de O. et A. 44. 7. e) L. 1. §. 11. D. quod legat. 43. 3. L. 7. §. 18. D. de pact. 2. 14. L. 25. 36. D. de solut. 46. 3. L. 3. pr. §. 1. D. de peculio. 15. 1. — Gut nachgewieſen iſt dies von Alb. Koeppen, de vi, quam retro exerceat aditio hereditatis, commentatio. Jenae 1853., in Anknüpfung an deſſen diss. inaug. de natura hereditatis nondum aditae. Berolini 1830., die noch zu §. 465. Anm. 2. anzuführen geweſen wäre. Der Verfaſſer geſellt ſich hier zu denjenigen, welche die juriſtiſche Perſon der Hereditas beſtreiten, will ſogar nicht einmal mit Scheurl von einer fingirten Perſönlichkeit derſelben geſprochen haben, widerlegt aber eigentlich ſich ſelbſt, indem er ausführt, daß die Hereditas, discedens a naturali ratione, eine persona sui iuris ſei, heredem exspectans, und zwar die relicta persona familiaris defuncti vel defunctae, seiuncta a corporali persona.

[2] Darin beſteht die ſogenannte confusio bonorum, über welche man übrigens nicht ſelten ziemlich confuſe Ideen gehabt hat. Vgl. §. 465. Anm. 2. a. E.

[3] Es iſt als beſonders wunderlich getadelt worden, daß man die vermögensrechtliche Perſon des Erblaſſers ſelbſt mit dem Antritte der Erbſchaft nicht wolle ſterben laſſen. Windſcheid in d. krit. Ueberſchau I. S. 194. fg. Aber wenn man jenen keineswegs unpaſſenden Ausdruck überhaupt gelten läßt, ſo iſt auch die Anerkennung jener Fortdauer oder, wie man auch ſchon geſagt hat, Unſterblichkeit eine Nothwendigkeit, oder man müßte den Begriff der Erbſchaft, ja des Erbeſeyns mit deſſen Verwirklichung als zerſtört anſehen. Scheurl Beitr. I. S. 37. fg. Neuner, die institutio ex re certa, S. 4. Daß übrigens in dieſer oder jener Beziehung die alte Zuſammengehörigkeit der erbſchaftlichen Rechtsverhältniſſe ſich noch fortwährend geltend machen könne, erkennt auch Windſcheid S. 197. an.

B. Verhältniß zu den Gläubigern.

§. 522.

1) Regel.

Vermöge der allgemeinen Repräsentation des Erblassers haftet der Erbe, ausgenommen wenn er Soldat ist [a], nun auch den Gläubigern desselben nach dem ganzen Betrage ihrer Forderungen; er ist Schuldner derselben, wie es der Erblasser war, also nicht bloß, soweit die Erbschaft zu deren Befriedigung ausreicht [b]. Mit den Erbschaftsgläubigern können nun aber auch andere Gläubiger des Erben ebensowohl das durch die Erbschaft als das anderweitig ihrem Schuldner zugekommene Vermögen zum Zwecke ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen.

2) Modifikationen der Regel.

§. 523.

a) Durch Inventarserrichtung [a].

Gegen den Nachtheil zu befürchtender Ueberschuldung der Erbschaft kann sich der Erbe dadurch sicher stellen, daß er, ohne Erbittung einer Ueberlegungsfrist antretend [1], die Errichtung eines genauen Vermögensverzeichnisses der Erbschaft in gesetzlich bestimmter Form und Zeit bewirkt [2], während dessen er von Seiten der Gläubiger und Vermächtnißnehmer weder durch Forderungs- noch durch Pfandklagen, deren Verjährung so lange stille steht, behelligt werden soll [b]. Dies ist das von Justinian eingeführte sog. beneficium inventarii. Es beschränkt die Haftung des Erben auf den Vermögensstand der Erbschaft, so wie dieser abgesehen von den rechtlichen Folgen der Erbantretung, namentlich von der dadurch bewirkten Confusio, und nach Abzug der Kosten der Inventarserrichtung wie anderer nothwendiger Auslagen, sich darstellt [c]. Der Erbe kann Gläubiger und Vermächtnißnehmer bezahlen, so wie sie sich melden, auch Sachen der Erbschaft zu dem Zweck verkaufen oder an Zahlungstatt hingeben, und wenn so die Erbmasse erschöpft ist, so können die nichtbefriedigten Erbschaftsgläubiger nur die bezahlten Vermächtnißnehmer, nichtbefriedigte Pfandgläubiger insbesondere auch die

[a] L. 22. pr. §. 15. Cod. de iure delib. 6. 30. [b] L. 8. pr. D. de adquir. hered. 29. 2. cf. L. 10. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 36. D. de bon. lib. 38. 2. §. 464. Anm. 3.
[a] L. 22. Cod. de iure delib. 6. 30. §. 6. J. de hered. qual. 2. 19. cf. nov. 1. cap. 2.
[b] L. 22. §. 11. Cod. l. c. [c] L. 22. §. 9. Cod. l. c.

ihnen nachſtehenden Gläubiger, welche aus dem Verkaufe des Pfandes bezahlt ſind oder dieſes ſelbſt an Zahlungſtatt bekommen haben, in Anſpruch nehmen, nicht aber den Erben, noch diejenigen, an welche er Pfänder verkauft hat[d]. Doch kann der Erbe zum Eide darüber, daß er redlich inventariſirt habe (Manifeſtationseid), angehalten werden, und wird das Unterſchlagene oder Verheimlichte zu doppeltem Werthe in Anſchlag gebracht[e].

Anm. [1] Die Erklärung, cum beneficio inventarii anzutreten, iſt nach L. 22. cit. nicht nothwendig, und hilft nicht, wenn die Inventur nicht in gehöriger Weiſe erfolgt. Die Erbittung einer Deliberationsfriſt aber ſchließt das beneficium inventarii aus, obgleich auch dann der Erbe ein Inventar errichten muß, um den Nachtheil zu vermeiden, daß die Intereſſenten zum Schätzungseide zugelaſſen werden, und den Vermächtnißnehmern die quarta Falcidia nicht abgezogen werden darf. L. 22. §. 12...14. Cod. l. c. vgl. §. 509.

[2] Die Vorſchrift des Geſetzes iſt a) rückſichtlich der Zeit: die Errichtung des Inventars ſoll binnen 30 Tagen nach Kenntniß der Delation begonnen, binnen weitern 60 Tagen vollendet werden; wenn aber der Erbe nicht an dem Orte, wo der größere Theil der Erbmaſſe ſich befindet, anweſend iſt, ſoll ihm eine Jahresfriſt vom Todestage an vergönnt ſeyn; b) rückſichtlich der Form: zur Errichtung des Inventars iſt ein Notar beizuziehen, und nöthigenfalls ſachverſtändige Schätzer; der Erbe ſoll das Inventar unterſchreiben, mit Angabe des ganzen Vermögensbetrages und mit der Erklärung, daß alles redlich verzeichnet ſey: kann er nicht ſchreiben, ſo ſoll er unter Zuziehung von Zeugen mit dem venerabile signum crucis unterzeichnen und ein anderer Notar den Namen beiſetzen. L. 22. cap. 2. 3. Cod. l. c. Nach nov. 1. cap. 2. ſollen auch die am Orte anweſenden Gläubiger und Vermächtnißnehmer oder deren Stellvertreter, und in deren Ermangelung drei am Orte anſäſſige Zeugen beigezogen werden. — Ueber die heutige Praxis, nach welcher alsbald nach dem Tode eine obrigkeitliche Verſiegelung des Nachlaſſes einzutreten pflegt, bei der Inventarserrichtung aber obige Vorſchriften nicht mehr genau beobachtet werden: vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41. S. 355. fg. Seuffert §. 572. a. E. „die Rechtswohlthat des Inventars wird heutzutage dadurch geltend gemacht, daß der Erbe bei dem zuſtändigen Gericht erklärt, er trete die Erbſchaft nur cum beneficio inventarii an, worauf ſodann der Richter die Errichtung des Inventars, ſo wie die Befriedigung der Gläubiger und die Auseinanderſetzung der Verlaſſenſchaft überhaupt von Amtswegen beſorgt."

§. 524.

b) Durch Gütertrennung[a].

Gläubiger der Erbſchaft und Vermächtnißnehmer können, um den Nachtheil der Concurrenz mit andern Gläubigern des Erben zu

[d] L. 22. §. 4...8. l. c. [e] L. 22. §. 10. l. c.

[a] Dig. de separationibus. 42. 6. Cod. de bonis auct. iud. poss. seu venund. et de separationibus bonorum. 7. 72.

B. Verhältniß zu den Gläubigern.

§. 522.

1) Regel.

Vermöge der allgemeinen Repräsentation des Erblassers haftet der Erbe, ausgenommen wenn er Soldat ist [a], nun auch den Gläubigern desselben nach dem ganzen Betrage ihrer Forderungen: er ist Schuldner derselben, wie es der Erblasser war, also nicht bloß, soweit die Erbschaft zu deren Befriedigung ausreicht [b]. Für den Erbschaftsgläubigern können nun aber auch andere Gläubiger des Erben ebensowohl das durch die Erbschaft als das anderweitig ihrem Schuldner zugekommene Vermögen zum Zwecke ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen.

2) Modifikationen der Regel.

§. 523.

a) Durch Inventarserrichtung [a].

Gegen den Nachtheil zu befürchtender Ueberschuldung der Erbschaft kann sich der Erbe dadurch sicher stellen, daß er, ohne Erbittung einer Ueberlegungsfrist antretend [1], die Errichtung eines genauen Vermögensverzeichnisses der Erbschaft in gesetzlich bestimmter Form und Zeit bewirkt [2], während dessen er von Seiten der Gläubiger und Vermächtnißnehmer weder durch Forderungs- noch durch Pfandklagen, deren Verjährung so lange stille steht, behelligt werden soll [b]. Dies ist das von Justinian eingeführte sog. beneficium inventarii. Es beschränkt die Haftung des Erben auf den Vermögensstand der Erbschaft, so wie dieser abgesehen von den rechtlichen Folgen der Erbantretung, namentlich von der dadurch bewirkten Confusio, und nach Abzug der Kosten der Inventarserrichtung wie anderer nothwendiger Auslagen, sich darstellt [c]. Der Erbe kann Gläubiger und Vermächtnißnehmer bezahlen, so wie sie sich melden, auch Sachen der Erbschaft zu dem Zweck verkaufen oder an Zahlungstatt hingeben, und wenn so die Erbmasse erschöpft ist, so können die nichtbefriedigten Erbschaftsgläubiger nur die bezahlten Vermächtnißnehmer, nichtbefriedigte Pfandgläubiger insbesondere auch die

[a] L. 22. pr. §. 15. Cod. de iure delib. 6. 30. [b] L. 8. pr. D. de adquir. hered. 29. 2. cf. L. 10. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 36. D. de bon. lib. 38. 2. §. 464. Anm. 1.
[a] L. 22. Cod. de iure delib. 6. 30. §. 6. J. de hered. qual. 2. 19. cf. nov. 1. cap. 2.
[b] L. 22. §. 11. Cod. l. c. [c] L. 22. §. 9. Cod. l. c.

ihnen nachſtehenden Gläubiger, welche aus dem Verkaufe des Pfandes bezahlt ſind oder dieſes ſelbſt an Zahlungſtatt bekommen haben, in Anſpruch nehmen, nicht aber den Erben, noch diejenigen, an welche er Pfänder verkauft hat[d]. Doch kann der Erbe zum Eide darüber, daß er redlich inventariſirt habe (Manifeſtationseid), angehalten werden, und wird das Unterſchlagene oder Verheimlichte zu doppeltem Werthe in Anſchlag gebracht[e].

Anm. [1] Die Erklärung, cum beneficio inventarii anzutreten, iſt nach L. 22. cit. nicht nothwendig, und hilft nicht, wenn die Inventur nicht in gehöriger Weiſe erfolgt. Die Erbittung einer Deliberationsfriſt aber ſchließt das beneficium inventarii aus, obgleich auch dann der Erbe ein Inventar errichten muß, um den Nachtheil zu vermeiden, daß die Intereſſenten zum Schätzungseide zugelaſſen werden, und den Vermächtnißnehmern die quarta Falcidia nicht abgezogen werden darf. L. 22. §. 12...14. Cod. l. c. vgl. §. 509.

[2] Die Vorſchrift des Geſetzes iſt a) rückſichtlich der Zeit: die Errichtung des Inventars ſoll binnen 30 Tagen nach Kenntniß der Delation begonnen, binnen weitern 60 Tagen vollendet werden; wenn aber der Erbe nicht an dem Orte, wo der größere Theil der Erbmaſſe ſich befindet, anweſend iſt, ſoll ihm eine Jahresfriſt vom Todestage an vergönnt ſeyn; b) rückſichtlich der Form: zur Errichtung des Inventars iſt ein Notar beizuziehen, und nöthigenfalls ſachverſtändige Schätzer; der Erbe ſoll das Inventar unterſchreiben, mit Angabe des ganzen Vermögensbetrages und mit der Erklärung, daß alles redlich verzeichnet ſey: kann er nicht ſchreiben, ſo ſoll er unter Zuziehung von Zeugen mit dem venerabile signum crucis unterzeichnen und ein anderer Notar den Namen beiſetzen. L. 22. cap. 2. 3. Cod. l. c. Nach nov. 1. cap. 2. ſollen auch die am Orte anweſenden Gläubiger und Vermächtnißnehmer oder deren Stellvertreter, und in deren Ermangelung drei am Orte anſäſſige Zeugen beigezogen werden. — Ueber die heutige Praxis, nach welcher alsbald nach dem Tode eine obrigkeitliche Verſiegelung des Nachlaſſes einzutreten pflegt, bei der Inventarserrichtung aber obige Vorſchriften nicht mehr genau beobachtet werden: vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41. S. 355. fg. Seuffert §. 572. a. E. „die Rechtswohlthat des Inventars wird heutzutage dadurch geltend gemacht, daß der Erbe bei dem zuſtändigen Gericht erklärt, er trete die Erbſchaft nur cum beneficio inventarii an, worauf ſodann der Richter die Errichtung des Inventars, ſo wie die Befriedigung der Gläubiger und die Auseinanderſetzung der Verlaſſenſchaft überhaupt von Amtswegen beſorgt."

§. 524.

b) Durch Gütertrennung[a].

Gläubiger der Erbſchaft und Vermächtnißnehmer können, um den Nachtheil der Concurrenz mit andern Gläubigern des Erben zu

[d] L. 22. §. 4...8. l. c. [e] L. 22. §. 10. l. c.

[a] Dig. de separationibus. 42. 6. Cod. de bonis auct. iud. poss. seu venund. et de separationibus bonorum. 7. 72.

vermeiden, die Scheidung der Erbschaft von anderm Vermögen des Erben begehren [b], welche darauf causa cognita durch richterliches Decret gewährt wird [c]. Sie erlangen dadurch das Recht, vor andern Gläubigern des Erben aus dem Vermögen der Erbschaft Befriedigung zu suchen [1], verlieren aber das Recht, auch anderes Vermögen des Erben, wenn gleich dieser nicht das beneficium inventarii erworben hat, noch in Anspruch zu nehmen [d]. Ausgeschlossen ist solche Gütertrennung 1) nach Ablauf von fünf Jahren seit der Erbantretung [e], 2) wenn sie wegen Vermischung mit den Gütern des Erben nicht mehr auszuführen ist [f], 3) bezüglich der von diesem in gutem Glauben veräußerten Gegenstände [g], 4) für diejenigen Gläubiger, welche bereits den Erben irgendwie als ihren Schuldner thatsächlich angenommen haben, qui heredem secuti sunt [h]. Den Gläubigern des Erben wird solche Gütertrennung regelmäßig [i] nicht gewährt [2].

Anm. [1] Ungegründet ist die Meinung, daß sie dieses Recht von selbst haben, wenn der Erbe cum beneficio inventarii angetreten hat. Mühlenbruch Bd. 41. S. 378. fg.

[2] Nam licet alicui adiiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem conditionem (L. 1. §. 2. D. h. t.). Cf. a) §. 5. ibid.: an interdum etiam heredis creditores possunt separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem?... quod non facile admisum est. b) §. 6. ibid. Sed si quis... compulsus fuerit adire et restituere hereditatem, deinde non sit, cui restituat... quasi separatio quaedam praestetur.

§. 525.

c) Verpflichtung durch letztwillige Verfügung des Erblassers.

Durch den Erwerb der Erbschaft wird der Erbe zugleich quasi ex contractu verpflichtet, die ihm vom Erblasser auferlegten Verfügungen zu erfüllen, soweit dadurch einem Andern ein Recht erworben wird [a]. Diese Verpflichtung erstreckt sich nicht über den Bestand der Erbschaft hinaus [b], daher die Gläubiger der Erbschaft

[b] L. 1. pr. §. 1. L. 6. pr. D. h. t. cf. L. 1 §. 16. eod. [c] L. 1. pr. §. 19. eod. L. 2. Cod. h. t. [d] L. 1. §. 1. 3. 17. L. 5. D. eod. cf. L. 4. §. 1. L. 6. pr. eod. [e] L. 1. §. 13. eod. [f] L. 1. §. 12. eod. [g] L. 2. eod. [h] L. 1. §. 10. 11. 15. 16 eod. cf. L. 7. eod. L. 2. Cod. h. t. [i] L. 1. §. 2. D. eod.

[a] §. 5. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. (§. 242.). cf. L. 114. §. 14. D. de legat. I. L. 38. §. 4. D. de legat. III. §. 74. 132. 495. [b] L. 1. §. 17. 18. D. ad Sc. Treb. 36. 1.

vor den Vermächtnißnehmern auf Befriedigung aus dieſer Anſpruch haben [c]. Der Erbe aber kann ſich nur dann auf die Unzulänglichkeit der Erbſchaft berufen, wenn er ſie durch ein gehöriges Vermögensverzeichniß belegt [d].

Anm. Durchaus ungegründet iſt die Meinung (Mühlenbruch §. 709. not. 5.), daß, wenn keine separatio bonorum erwirkt ſey, auch des Erben eigene Gläubiger, gleich denen der Erbſchaft, vor den Vermächtnißnehmern einen Vorzug haben. Vgl. Arndts im Rtslex. IV. S. 22.

C. Rechtsverhältniß der Miterben.

§. 526.

1) Theilung der Erbfolge.

Sind mehrere zuſammen Erben geworden, ſo repräſentirt jeder einzelne den Erblaſſer nur pro parte, und treten alſo die angegebenen Wirkungen des Erwerbes der Erbſchaft (§. 521...524.) für jeden nur nach Verhältniß ſeines Erbtheils ein. Forderungen und Schulden der Erbſchaft werden von ſelbſt nach dieſem Verhältniß unter den Miterben getheilt [a]; das Eigenthum aller einzelnen Erbſchaftſachen theilt ſich unter ſie als Miteigenthümer [b]. So treten denn auch die Wirkungen der Confuſio für jeden pro parte ein [c]. Jedoch kann die Untheilbarkeit eines Rechts darin eine Modifikation bewirken [d].

§. 527.

2) Theilung der Erbmaſſe [a].

Unter Miterben beſteht eine Gemeinſchaft, vermöge deren jedem die Erbtheilungsklage [1], actio familiae erciscundae, zuſteht [b]. Sie ſetzt Anerkennung des Miterbrechts voraus, welche daher der Nichtbeſitzende nöthigenfalls zuvor durch Erbſchaftsklage (§. 531.) zu bewirken hat, während ſie bei Anſtellung der Klage von Seiten

[c] L. 4. §. 1. L. 6. pr. D. de separat. 42. 6. L. 22. §. 5. in f. Cod. de iure delib. 6. 30. [d] nov. 1. cap. 2. §. 1. 2.

[a] L. 6. Cod. fam. erc. 3. 36. cf. L. 25. §. 1. 9. D. eod. 10. 2. L. 14. Cod. de rei vind. 3. 32. [b] L. 1. pr. L. 20. §. 4. D. l. c. [c] L. 50. D. de fideiuss. 46. 1. cf. L. 6. pr. D. de usufr. accresc. 7. 2. L. 14. D. quib. mod. usufr. am. 7. 4. [d] Cf. α) L. 30. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. 27. D. de s. p. r. 8. 3. L. 8. §. 1. D. de serv. 8. 1. (§. 194. not. c.). β) L. 17. D. eod. L. 25. §. 9. 10. D. fam. erc. 10. 2. L. 2. 85. D. de V. O. 45. 1. (§. 204. 211. not. i.).

[a] Dig. familiae erciscundae. 10. 2. Cod. 3. 36. cf. Cod. communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo 3. 38. [b] L. 1. 24. §. 1. D. h. t. cf. L. 25. §. 1. eod.

des Besitzenden als Präjudicialpunkt vorerst zu entscheiden ist [c]. Sie geht als duplex actio [d] 1) auf Theilung der erbschaftlichen Vermögensgegenstände, soweit sie gemeinschaftlich sind [e], und nicht, wie bei Urkunden [f] oder Erbbegräbnissen der Fall seyn kann, gemeinschaftlich bleiben sollen; 2) auf Ausgleichung der aus der Gemeinschaft hervorgegangenen gegenseitigen Rechtsansprüche [h]. Auf Forderungen und Schulden der Erbschaft erstreckt sich die Klage eigentlich nicht [i]; aber es können gleichwohl einzelne Forderungen oder Schulden zum Zwecke der Ausgleichung einem Miterben allein überwiesen werden, wodurch dieser rücksichtlich der Antheile der übrigen Erben im ersten Fall das Recht eines Cessionars erhält, im andern Fall die Miterben von ihrem Schuldantheil zu befreien verpflichtet wird [k]. Die Klage betrifft die ganze Erbschaft [l] und kann regelmäßig nur einmal angestellt werden [m]. Wegen mehrerer unter denselben Parteien gemeinschaftlicher Erbschaften [2] kann Eine Erbtheilungsklage stattfinden [n].

Anm. [1] Vgl. Heimbach, Art. Erbschaftstheilung im Rttslex. III. S. 947...956. Zimmermann im civ. Arch. XXXIV. S. 192. fg. 323. fg.

[2] L. 25. §. 4. D. h. t. (not. n.) Si inter me et te Titiana hereditas communis sit, inter me autem et te et Titium Seiana, posse unum iudicium accipi *inter tres*, Pomponius scribit. Es ist zu lesen: *inter nos*.

3) Collationsverbindlichkeit [a].

§. 528.

Descendenten, welche zusammen einen Ascendenten beerben, es sey als Intestaterben [b] oder als Testamentserben [c], jedoch im letzten Falle nur, sofern sie ohne Testament gesetzliche Erben wären, sind einander verpflichtet, gewisse Vermögensgegenstände, welche ihnen schon vor dem Tode des Erblassers zugekommen und daher nicht Bestandtheile der Erbschaft sind, gleichwohl, als ob sie dazu gehörten, in die zu theilende Erbmasse einzuwerfen oder auf ihren

[c] L. 1. §. 1. L. 25. §. 2. L. 51. §. 1 eod. cf. L. 36. 37. eod. [d] L. 2. §. 3. eod. [e] L. 4. pr. L. 9. et sqq. L. 25. §. 6...8. L. 28...31. 45. pr. 54. eod. cf. L. 25. §. 1 L. 32. cod. L. 10. 21. Cod. h. t. L. 4. §. 1. 2. D. h. t. cf. §. 320. not. e. h...n. [f] L. 4. §. ult. L. 5. 6. cf. L. 8. D. h. t. [g] L. 30. in f. eod. L. 4. Cod. de relig. 3. 44. [h] §. 3. 4. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. §. 4. J. de off. iud. 4. 17. L. 16. §. 4...6. L. 22. §. 4. L. 25. §. 10...18. L. 44. §. 3...8. D. h. t. cf. §. 320. not. f. g. [i] L. 25. §. 1. D. h. t. L. 6. Cod. h. t. (§. 526.). [k] L. 2. §. 5. L. 3. D. eod. [l] L. 25. §. 20. eod. [m] L. 20. §. 4. eod. [n] L. 25. §. 3...5. eod.

[a] Dig. de collatione (bonorum). 37. 6. de dotis collatione. 37. 7. Cod. de collationibus. 6. 20. [b] L. 17. 18. Cod. h. t. [c] nov. 18. cap. 6. cf. L. ult. Cod. comm. utr. iud. 3. 38.

Antheil ſich anrechnen zu laſſen. Dies iſt Collation [1], weſentlich verſchieden von dem Falle, wenn ein Miterbe dasjenige, was er dem Erblaſſer ſchuldete oder ſonſt von deſſen Vermögen in Händen hat, an die gemeinſchaftliche Erbmaſſe oder nach Verhältniß der Erbtheile an die einzelnen Miterben herausgibt [2]. Verpflichtet dazu, wie berechtigt ſie zu fordern [3], ſind alle und nur jene Deſcendenten [4], vorausgeſetzt [d], daß ſie Erben werden [5], und daß nicht der Erblaſſer ausdrücklich oder ſtillſchweigend, durch Berückſichtigung des Einzuwerfenden bei der Beſtimmung der Erbtheile oder durch erſchöpfende Vertheilung des Erbvermögens unter den Erben, die Collation ausgeſchloſſen hat [e]. Doch geht Recht und Pflicht zur Collation nicht nur, wenn einmal begründet, auf die Erben über [f], ſondern auch auf diejenigen, welche kraft der an einen Deſcendenten geſchehenen Delation die Erbſchaft des Aſcendenten erwerben [g]. Auch müſſen Enkel und Urenkel, welche anſtatt ihres vorverſtorbenen Parens erben, den miterbenden Deſcendenten conferiren [h], was jener als Miterbe zu conferiren gehabt hätte [6].

Anm. [1] Pfizer, über die Collation der Deſcendenten, Stuttgart 1807. (eine ſehr weitläufige Schrift, deren Recenſion, in den Heidelb. Jahrb. 1808. II. S. 105...121., mit Recht lehrreicher genannt wird, als ſie ſelbſt). Francke civ. Abh. Nr. 4. Arndts, Art. Einwerfung im Rtslex. III. S. 809...848. Fein, das Recht der Collation. Heidelb. 1842. (vgl. v. d. Pfordten in d. krit. Jahrb. VIII. S. 865. fg.).

[2] Eine wahre Collation kommt im R. R. in folgenden Fällen vor:

a) Emancipirte mußten den sui heredes, mit welchen ſie bei der bonorum possessio contra tabulas oder ex edicto unde liberi concurirten, der Regel nach alles Vermögen conferiren, das ſie vor dem Tode des Erblaſſers erworben hatten, ſofern es, wenn ſie in der Gewalt geblieben wären, ihnen nicht als eigenes Vermögen zuſtehen, vielmehr ebenſo, wie gleiche Erwerbungen der sui heredes, zu der Erbſchaft gehören würde. Darauf bezieht ſich der tit. Dig. de collatione. 37. 6. Der Gegenſtand dieſer Collation beſchränkte ſich aber im Juſtinianiſchen Recht auf das, was den Emancipirten vom Erblaſſer ſelbſt zugekommen war (ſog. bona profectitia) und auf den Gewinn aus dem Fruchtgenuß der ſog. bona adventitia (§. 430. 432.), welches letzte jedoch ſtreitig iſt. Bang. 6. Aufl. II. S. 452. Vgl. L. 17. 21. Cod. h. t. Basil. XLI. 7. cap. 19. 36. Harmenopul. V. 8. §. 25. Nach der obgleich theoretiſch ungegründeten, doch in der Praxis von jeher herrſchenden Anſicht der meiſten Rechtsgelehrten wird dieſe Collation der Emancipirten, namentlich in Folge der nov.

[d] L. 17. Cod. cit. cf. L. 1. pr. 3. pr. §. 5. D. h. t. 37. 6. L. 4. 5. Cod. h. t. L. 1. pr. L. 9. D. de dot. coll. 37. 7. [e] nov. 18. cap. 6. cf. L. 39. §. 1. D. fam. erc. 10. 2. [f] L. 1. §. 8. L. 3. pr. D. h. t. 37. 6. [g] cf §. 512...516. L. 1. §. 14. L. 5. pr. in f. D. h. t. 37. 6. L. 6. D. si tab. test. 38. 6. [h] L. 19. Cod. h. t.

115. 118. für völlig beseitigt gehalten. Vgl. Fein S. 138. fg. Bang. S. 452 fg. gegen Francke S. 217. fg. und Arndts S. 821. fg.

b) Die Tochter oder Enkelin, welche als sua heres mit andern ex. mußte dieſen die Dos conferiren, auf deren künftige Reſtitution ſie Anſpruch hatte. Dig. de dotis collat. 37. 8. Dies beſchränkte ſich aber nach Juſtinianiſchem Recht auf die dos profectitia, und fiel nun dieſe Collation mit der unter c. vorkommenden zuſammen. Es wurde nämlich

c) durch eine Conſtitution von Leo, L. 17. Cod. h. t., allen Deſcendenten als Inteſtaterben die Collation der vom Erblaſſer beſtellten Dos und Donatio ante nuptias auferlegt, wobei die Vorausſetzung zum Grunde lag, daß der Ascendent durch deren Beſtellung nicht eine Begünſtigung des damit ausgeſtatteten Deſcendenten vor andern beabſichtigt habe. Aus dieſem Geſichtspunkte iſt denn die Collationspflicht der Deſcendenten von Juſtinian noch erweitert und näher beſtimmt (L. 19. 20. Cod. h. t.), und zuletzt durch nov. 18. cap. 6. auch bei teſtamentariſcher Erbfolge anerkannt worden, und dieſe allein iſt es, die als noch praktiſche im Text berückſichtigt iſt. Die Beſtimmungen über die ältern Collationsfälle (a. b.) finden darauf nur analoge Anwendung, ſoweit die Eigenthümlichkeiten derſelben dieſe nicht ausſchließt.

[3] Bei der Collation der Emancipirten und der ältern dotis collatio hatten nur diejenigen den Anſpruch darauf, welche durch die Concurrenz des Collationspflichtigen in der Erbfolge beſchränkt wurden. L. 1. §. 4. L. 2. §. 6. 7. L. 3 §. 6. 7. L. 7. 9. D. h. t. 37. 6. L. 1. pr. §. 13...18. D. de conlat. cum em. lib. 37. 8. L. 1. §. 2...4. D. de dot. collat. 37. 7. Dieſe Beſchränkung iſt bei der neuern Collation der Deſcendenten nicht ſtatthaft; es haben darauf alle miterbenden Deſcendenten ein Recht, nach Verhältniß der Erbtheile, als ob das Conferendum noch zur Erbſchaft gehörte. Arndts S. 835. fg. Fein S. 277. fg. Dagegen freilich mit andern Bang. S. 461.

[4] Ob auch liberi naturales? Dagegen Fein S. 266. fg. Bang. S. 458.

[5] Ob auch als heredes ex re certa? Neuner, die institutio ex re certa. S. 461. fg., gegen Fein S. 377. fg.

[6] Streitig iſt, ob dieſe Collationspflicht der Enkel nur inſofern eintrete, als die Conferenda des Parens auch ihnen zugekommen ſind? Fein S. 352. fg. Bang. S. 459.; dagegen Arndts S. 843. fg.; ſodann ob Enkel das, was ſie ſelbſt vom Erblaſſer erhalten, nur dann zu conferiren haben, wenn ſie es erſt nach dem Tode ihres Parens erhielten? Pfizer §. 86. fg. Sint. III. S. 548. not. 20.; dagegen Arndts S. 544. Fein S. 362. fg. Bang. S. 460.

§. 529.

Gegenſtand der Collation iſt 1) die vom Erblaſſer einer Tochter oder Enkelin beſtellte Dos, 2) die für einen Sohn oder Enkel von demſelben beſtellte donatio propter nuptias, der man nach heutigem Recht die der Frau im Ehevertrage verſchriebene Widerlage (Gegenvermächtniß) gleichſtellt, 3) nach einer beſtändigen und in

ſich wohlbegründeten Praxis auch dasjenige, was der Erblaſſer einem Kinde zur Begründung und Ausſtattung eines geſonderten Haushalts oder Geſchäfts gegeben hat, 4) Schenkungen des Erblaſſers an die Kinder, wenn entweder a) dieſelben mit der Beſtimmung gegeben werden, daß ſie auf den Pflichttheil angerechnet werden, oder b) dabei ſonſt die Abſicht erklärt worden iſt, daß ſie conferirt werden ſollen, was aber auch bei andern Zuwendungen zu gewiſſem Zweck der Fall ſeyn kann, oder c) ein anderer Deſcendent, der nicht auch einfache Schenkungen erhalten hat, eine Ausſtattung nach 1...3. conferiren muß, während der Beſchenkte eine ſolche nicht zu conferiren hat. Andere Gegenſtände können zwar durch letztwillige Verfügung ebenfalls der Collation unterworfen werden; dies iſt aber nach den allgemeinen Grundſätzen über letztwillige Auflagen zu beurtheilen.

Anm. [1] Die Beſtimmungen unter 1. und 2. beruhen auf L. 17. Cod. h. t. von Leo, die unter 4. auf L. 20. eod. von Juſtinian. Das letzte Geſetz ſtellt übrigens als Regel auf, daß, was auf den Pflichttheil einzurechnen ſey, auch conferirt werden müſſe, und erwähnt insbeſondere noch als Collationsgegenſtand den Geldwerth der einem Deſcendenten vom Erblaſſer erkauften Militia. Dieſe kommt aber heutzutage nicht mehr vor, und aus jener Regel iſt nicht etwa, gegen die Natur der Sache, abzuleiten, daß auch die einem miterbenden Deſcendenten hinterlaſſenen Vermächtniſſe conferirt werden müſſen. Vgl. Fein S. 207. fg. 235. fg. Arndts S. 828. 837. fg.

[2] Die früher herrſchende Lehre ſtellte als Regel auf, daß alle einem miterbenden Deſcendenten vom Erblaſſer gemachten Zuwendungen (ſog. profectitia) zu conferiren ſeyen, wovon dann nur mancherlei Ausnahmen gemacht wurden. Dies iſt jetzt allgemein für unrichtig erkannt, vorzüglich nach Francke a. a. O. S. 219. fg.; vgl. Fein S. 250. fg. Dieſe, und mit ihnen Bang. S. 464., verwerfen auch die Collation des ſog. subsidium paternum (unter Nr. 3.), die aber von Andern gleichwohl mit Rückſicht auf die conſtante, obwohl durch theoretiſch unrichtige Gründe geſtützte Praxis noch anerkannt iſt, z. B. Puchta §. 513. not. c. Sint. §. 189. not. 24. Seuffert §. 588. Die neueſte Praxis jedoch ſchwankend: vgl Seuffert's Arch. III. 349. IV. 127. 136. VI. 206. VII. 276.

§. 530.

Die nach §. 529. der Collation unterworfenen Gaben brauchen doch nur inſofern zur Erbtheilung eingebracht zu werden, als der Empfänger dadurch zur Zeit noch eine Bereicherung hat, falls nicht durch ſeine Schuld, d. i. durch Mangel der unter Miterben überhaupt zu präſtirenden diligentia quam suis rebus, die Verminderung derſelben verurſacht iſt [1]. Dagegen kommt andererſeits auch der Zuwachs an gewonnenen Früchten und anderem Zuwachs in

Rechnung. Verzugszinsen aber und Ersatz für versäumte Früchte können erst von der Zeit an gefordert werden, da der Collationspflichtige in Verzug gesetzt worden ist [2].

Die Collation selbst kann entweder durch Herausgabe der Collationsgegenstände zum Zwecke der Theilung oder durch anderweitige Vergütung nach ihrem Werthe, namentlich dadurch bewirkt werden, daß der Collationspflichtige sich den Werth derselben zu Gunsten der Collationsberechtigten auf seinen Erbtheil anrechne oder an diese den entsprechenden Antheil hinauszahlt, wobei der Werth zur Zeit der Erbtheilung entscheidet, sofern nicht Culpa oder Mora des Collationspflichtigen eingreift [3]. Indessen kann auch für das wirkliche Einbringen vorerst eine Caution von Seiten des Collationspflichtigen eintreten. Erst dadurch erlangen die Berechtigten ein Mittel, die wirkliche Collation zu erzwingen, welcher sich jener bis dahin noch entziehen kann, wenn er auf die Geltendmachung seines Erbrechts verzichtet [4].

Anm. [1] Bei der Collation der Emancipirten hafteten diese bis zum Tode des Erblassers nur für Dolus, von da an auch für Culpa (levis culpa, zu jedoch nach §. 320. 527. auf sog. culpa in concreto zu beschränken). L. 1 §. 23. L. 2. §. 2. D. de collat. 37. 6. Nach Analogie dessen behauptet ist Fein S. 313. fg., und nach ihm Sint. §. 189. not. 31. Seuffert (3. A. §. 587. not. 7., gegen die bisher herrschende Meinung, daß bei der Collation der Descendenten der Collationspflichtige bis zur Erbantretung nur für dolus und lata culpa, von da an für culpa levis in concreto einstehe, und später dies durch nov. 97. cap. 6. bestätigt. Allein es ist a) ungegründet, bei der Collation der Emancipirten dem Dolus die lata culpa gleichzustellen, b) bedenklich, in diesem Punkt die Collation der Descendenten schlechthin nach deren Analogie zu beurtheilen, c) willkürliche Restriction, nov. 97. cap. 6. bloß auf den Fall einer lata culpa zu beziehen, und d) nicht angemessen, die strengere Haftung erst von Zeit der Erbantretung anzunehmen, da nach dieser der Erbe iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. Vgl. übrigens noch Arndts im Rtslex. S. 840. fg.

[2] Ueber die verschiedenen Meinungen in Betreff dieses Punktes, ob mora ex re oder ex persona stattfinde? L. 5. §. 1. D. de dot. collat. (Filia, quae soluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit: viro boni arbitratu cogetur usuras quoque dotis conferre, quum emancipatus frater etiam fructus conferat et filia partis suae fructus percipiat). cf. L. 5. §. 1. D. de collat. bon. 37. 6. L. 2. §. 2. eod. vgl. Fein S. 321. u. Arndts S. 841.

[3] Ueber das Recht der Wahl zwischen der Naturalcollation und der Werthvergütung (fingirter Collation), welches zwar nicht durch L. 1. §. 11. 12. D. h. t. 37. 6. oder L. 5. Cod. h. t. 6. 20. bewiesen, wohl aber in der Billigkeit

arbitratus boni viri) begründet und durch nov. 97. cap. 6. beſtätigt iſt, odann über die Frage, nach welchem Zeitpunkte der Werth zu beſtimmen ſey, gl. Fein S. 96. fg. 298. fg. Arndts S. 845. fg.

[4] Die Emancipirten ſollten nach dem Edict der Collation wegen Caution eiſten, und zwar mit Bürgen, satisdatio, ſtatt deren aber auch Pfandbeſtellung enügen konnte; nur durch vollſtändige Verwirklichung der Collation wurde die Caution überflüſſig: Aut enim re aut cautione facienda collatio est (ſog. Real- und Cautionalcollation). L. 1. §. 9...13. D. h. t. 37. 6. Sie wurden dazu ndirect gezwungen, dadurch, daß ihnen ſonſt zu Gunſten der Collationsberech- igten die Geltendmachung ihres Erbrechts entzogen wurde. L. 1. §. 10. 13. L. 2. §. 8. 9. L. 3. pr. D. l. c. Erſt durch die Caution wurde ein klagbarer Anſpruch auf die Collation begründet, dem ſich der Cavent nicht mehr entziehen konnte. L. 5. §. 1...3. eod. cf. L. 3. §. 5. eod. Aehnlich ſo verhielt es ſich bei der alten dotis collatio. L. 1. §. 7. 8. D. de dot. collat. L. 5. Cod. h. t. 6. 20. Vgl. Fein S. 86. fg. 164. fg. Arndts a. a. O. S. 812. fg. 825. Bei der neuern Collation der Deſcendenten iſt nun in dieſer Beziehung nichts anderes beſtimmt, und ſo ſind denn auch bei dieſer noch dieſelben Vorſchriften anzuwenden. Fein S. 295. fg. Arndts S. 847. fg. Die herrſchende Meinung freilich geht dahin, daß durch die Antretung der Erbſchaft ſofort eine vollkommene klagbare Collationsverbindlichkeit entſtehe. Sint. §. 189. not. 4.

[5] Eine ſtreitige Frage iſt noch insbeſondere, welchen Einfluß das beneficium inventarii (§. 523.) auf die Collationsverbindlichkeit ausübe? Vgl. Puchta §. 512. not. c. Fein S. 335. fg. Arndts S. 848.

E. Rechtlicher Schutz des Erbverhältniſſes.

1) Die ordentliche Erbrechtsklage.

§. 531.

Um das Recht der Erbfolge gegen verletzende Eingriffe Anderer gerichtlich geltend zu machen, iſt dem Erben eine dingliche Klage gegeben, die Erbſchaftsklage [1], hereditatis petitio [a], eine Vindication des Erbrechts [b], gerichtet auf Anerkennung des durch den Erwerb der Erbſchaft begründeten Rechtsverhältniſſes der Repräſentation des Verſtorbenen in Anſehung ſeiner Vermögensverhältniſſe [2]. Sie ſteht zunächſt dem Erben und deſſen Erben zu, dem Civilerben als civilis, dem prätoriſchen als possessoria hereditatis petitio [c], ſowohl dem Theilerben als ſog. partiaria h. p. [d], wie dem Alleinerben als ſog. h. p. totalis oder universalis [3]. Sie findet gegen jeden ſtatt, welcher das Recht der Erbfolge durch

[a] Dig. de hereditatis petitione. 5. 3. Cod. de petit. hered. 3. 31. [b] L. 8. D. h. t. L. 19. in f. D. de inoff. test. 5. 2. L. 3. D. expil. hered. 47. 19. cf. L. 4. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. L. 5. 9. Cod. commun. de succ. 6. 59. [c] Dig. de possessoria hereditatis petitione. 5. 5. [d] Dig. si pars hereditatis petatur. 5. 4.

Vorenthaltung eines Gegenstandes, der dem Erben als solchem gebührt, sey es auch nur eine einzelne Sache oder sonst ein Vermögensvortheil, thätlich verletzt [e], indem er entweder selbst als Erbe oder gleich einem Erben Anspruch darauf zu haben behauptet, oder ohne allen Rechtsgrund dessen sich anmaßte [f]; auch gegen denjenigen, welcher aus Anlaß des Besitzes einer Erbschaftsache ein Klagrecht oder sonst etwas hat, das dem Erben abzutreten sich gebührt [g], oder welcher eigenmächtig eine im Nachlaß befindliche Sache, wenn auch als vorgeblicher Eigenthümer, an sich genommen hat [h], selbst eine Sache, deren Detention nur dem Erben zu erhalten ein rechtliches Interesse vorliegt [i], insbesondere auch gegen den Schuldner der Erbschaft, welcher aus dem Grunde, weil er sich selbst ein Recht auf diese beilegt, die Zahlung der Schuld vorenthält [k]. Sie geht zudem gegen denjenigen, qui dolo malo possidere desiit [l] oder liti se obtulit [l]. Die Theilerbrechtsklage insbesondere geht nicht nur gegen jeden Dritten, sondern auch gegen die besitzenden Miterben, sofern sie des Klägers Erbrecht nicht anerkennen [l], jetzt wenn der Miterbe nur zu seinem Theile besitzt, während außerdem ein Nichterbe im Besitze ist, allein gegen diesen letzten [m].

Anm. [1] Vgl. Arndts, über das Wesen und den Umfang der hereditatis petitio, in den Beitr. I. S. 1...112., und Art. hereditatis petitio, im Rh. Mus. V. S. 207...238. Zimmermann im civ. Arch. XXIX. 6. 15.

[2] Gegen eine abweichende Ansicht von Fabricius im Rh. Mus. IV. S. 165. vgl. Arndts Beitr. a. a. O. Der hier ausgeführten und darnach fast allgemein als richtig angenommenen Ansicht ist freilich neuerdings wieder die scheinbar natürlichere entgegengestellt, daß die h. p. eine Vindication des Nachlasses als eines Ganzen, der sog. hereditas im objectiven Sinn, sey. H. Dernburg, über das Verhältniß der h. p. zu den erbschaftlichen Singularklagen. Heidelb. 1844. S. 13.

[3] Als utilis actio wird die Klage auch dem Universalfideicommissar, jetzt dem Fiscus und Andern, welchen das erbschaftliche Vermögen als bona vacantia oder vacantia zufällt, beigelegt. Dig. de fideicommissaria h. p. L. 9. §. 6. 7. D. h. t. 5. 3.

[4] L. 9. 10. pr. Regulariter definiendum est: eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam — licet minimam. — L. 11...13. pr. eod. Per

[e] L. 4. 9...16. D. h. t. 5. 3. L. 18. §. 2. eod. [f] L. 16. §. 4. 5. 7. L. 20. §. 1. L. 23...25. pr. eod. [g] arg. L. 3. Cod. quor. bon. 8. 2. cf. L. un. Theod. Cod. eod. 2. 21. [h] L. 19. pr. §. 2. D. eod. [i] L. 13. §. 15. L. 14...16. pr. §. 3. eod. L. 42. eod. [k] L. 13. §. 14. L. 25. §. 2. 8. cod. cf. L. 27. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. L. 171. D. de R. J. [l] L. 13. §. 13. L. 45. D. h. t. cf. L. 25. 27. pr. D. de rei vind. 6. 1. §. 166. not. h. t. [m] L. 1. §. 1...4. D. si pars hered. 5. 4.

ierede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit, se ieredem non esse, pro herede possideat, quaeritur; et Arrianus, libro ecundo de interdictis, putat teneri, quo iure nos uti Proculus scribit. ied enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. §. 1. Pro ossessore vero possidet praedo, (L. 12.) qui interrogatus, cur possideat, esponsurus sit, *quia possideo*, nec contendet se heredem vel per menacium, (L. 13. pr.) nec ullam causam possessionis possit dicere; et ideo ur et raptor petitione hereditatis tenentur. cf. §. 3. J. de interd. 4. 15. – Gegen den Univerſalfideicommiſſar, L. 13. §. 5...7. cf. L. 16. §. 7. eod.; egen den Käufer der Erbſchaft, L. 13. §. 4. 8...10. eod. cf. §. 540.; L. 20. . 13. D. eod. Licet autem Senatus de his locutus est, qui se heredes xistiment, tamen etsi bonorum possessores se existiment vel alios ustos successores vel sibi restitutam hereditatem, in eadem erunt conitione.

[b] L. 1. §. 2. in f. D. h. t. 5. 4. Et si possessor et petitor possieant hereditatem, quum unusquisque eorum partem dimidiam hereitatis sibi asserat, invicem petere debebunt, ut partes rerum conseuantur, aut si controversiam sibi non faciunt hereditatis, familiae rciscundae experiri eos oportebit. Dagegen: L. 1. §. 1. D. fam. erc. 0. 12. Quae quidem actio (familiae erciscundae) nihilominus ei quoue ipso iure competit, qui suam partem non possidet; sed si is, qui ossidet, neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc xceptionem: *si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non at.* — Ueber die verſchiedenen möglichen Fälle ſ. Arndts im Rtslex. V. 5. 213...216.

§. 532.

Zur Begründung der Erbſchaftsklage muß der Kläger im Fall er Beſtreitung beweiſen, daß der Erblaſſer geſtorben und daß er i deſſen Erbſchaft berufen ſey. Dazu gehört 1) wenn er ſein Recht uf teſtamentariſche Erbfolge gründet, der Beweis der Erbeinſetzung nd der Erfüllung der Bedingungen, von denen ſie etwa abhängig emacht iſt. Der Beweis der Erbeinſetzung aber wird bei einem ündlichen Teſtament durch die Ausſage der zur Errichtung erorderlichen Anzahl von Teſtamentszeugen geführt [a], bei dem ſchriftchen oder in Schrift gebrachten mündlichen Teſtament durch Vorlage er Teſtamentsurkunde, deren Aechtheit durch Vernehmung der Zeüen, im Nothfall auch durch andere Beweismittel, namentlich durch Schriftvergleichung, hergeſtellt werden kann [b]; iſt die Urkunde verloren gegangen oder (ohne Wiſſen und Willen des Teſtators) zerſtört worden, ſo kann auch deren Errichtung und Inhalt durch andere

[a] arg. L. 31. Cod. de testam. 6. 23. L. 32. Cod. de fideicomm. 6. 42. [b] Cf. 5...7. D. test. quemadm. aper. 29. 3.

Beweismittel dargethan werden [c]. Der Beweis nicht von selbst einleuchtender Mängel der Testamentserrichtung, sowie später eingetretener Ungültigkeit des Testaments, liegt als Gegenbeweis dem Beklagten ob [d]. Wenn dagegen 2) der Kläger sich auf ein gesetzliches Erbrecht gründet, so hat er das Verhältniß zu erweisen, kraft dessen er gesetzlicher Erbe zu seyn behauptet, z. B. die Verwandtschaft, und kann vom Gegner den Beweis erwarten, daß er desungeachtet nicht Erbe sey, z. B. wegen Existenz eines Testaments oder anderer näherberechtigter Verwandten. Der Beweis des Erwerbs der Erbschaft ist überflüssig, es sey denn, daß die Antretung in einer bestimmten Form oder Zeit hätte geschehen müssen und dieses behauptet wird.

Der Theilerbe muß noch insbesondere seinen Erbtheil angeben und erweisen, wobei ein noch bloß mögliches Anwachsungsrecht vorerst nicht in Betracht kommt [e]. Ist aber der Erbtheil noch ungewiß wegen möglicher Miterbschaft eines noch Ungebornen, so wird einstweilen der Erbtheil als gewiß angenommen, welcher dem Kläger im Fall einer Drillingsgeburt zukommen würde [f], und wenn die Concurrenz von noch ungebornen Kindern verschiedener Mütter zu erwarten steht, kann die Klage einstweilen auch auf einen ungewissen Erbtheil gerichtet werden [g].

Der Kläger muß außerdem, wenn es geläugnet wird, darthun, daß der Beklagte etwas zur Erbschaft Gehöriges pro herede oder pro possessore besitze, und was dieses sey, hat aber dafür den Vortheil, daß der vom Beklagten unrechtlich abgeläugnete Besitz ohneweiters auf ihn übertragen wird [h].

Anm. Ueber den Beweis des Erbrechts vgl. überhaupt Glück VII. 2. S. 493. fg. Arndts im Rtslex. V. S. 217. fg. Seuffert's Arch. I. 95. 251.

§. 533.

Wird der Kläger für den (Allein- oder Theil-) Erben erkannt, so wird der Beklagte verurtheilt, alles, was er unmittelbar zur Erbschaft Gehöriges oder mittelbar aus derselben hat [i], jenem ganz oder zum Theil herauszugeben und für Verlust nach Umständen

[c] arg. L. 2. 11. Cod. de testam. 6. 23. L. 10. §. 2. D. l. c. L. 1. §. 3. D. de his quae in test. del. 28. 4. cf. L. 1. §. 3. D. de b. p. s. t. 37. 11. [d] L. 11. Cod. de probat. 4. 19. cf. L. 22. D. eod. 22. 3. L. 5. Cod. de codicill. 6. 36. [e] L. 2. D. de pars hered. 5. 4. [f] L. 2...5. D. eod. [g] L. 1. §. 5. eod. [h] L. 30. D. de rei vind. 6. 1. cf. §. 166. not. f. g.

Erſatz zu leiſten [a]. Grundſatz iſt: Der Beſitzer in gutem Glauben ſoll von dem Erbſchaftbeſitze, den er als vermeintlicher Erbe ſich beigelegt, keinen bleibenden Vermögensvortheil dem Erben gegenüber behaupten, aber doch auch nicht einen poſitiven Schaden an ſeinem eigenen Vermögen erleiden: er ſoll daher dem Erben in ſo weit, aber auch nicht weiter, als er durch den Erbſchaftbeſitz ſich bereichert findet, zur Reſtitution verbindlich ſeyn; der unredliche Beſitzer aber ſoll dem Kläger nicht nur allen Gewinn herausgeben, ſondern alles erſetzen, was dieſer haben könnte, wenn ihm nicht durch den Beklagten das erbſchaftliche Vermögen unredlicher Weiſe wäre vorenthalten worden [z]; wobei, ſofern er nicht von Anfang an in böſem Glauben war, auf den Zeitpunkt der Erkenntniß ſeines Unrechts Rückſicht zu nehmen iſt [b]. Vom Beginn des Rechtsſtreites an aber wird auch der redliche Beſitzer in gleichem Maße wie der unredliche, nur nicht wie dieſer auch für zufälligen Schaden, den der Kläger in Folge der unrechtlichen Anmaßung erbſchaftlichen Gutes erlitten hat, verantwortlich [c]. Wegen des durch dolus oder lata culpa des Beklagten verurſachten Verluſtes wird dem Kläger der Schätzungseid geſtattet [d]. Der Beklagte kann aber auch ſeinerſeits verſchiedene Gegenanſprüche geltend machen, namentlich wegen Befriedigung von Erbſchaftsgläubigern [e] und Vermächtnißnehmern [f], wegen Forderungen an die Erbſchaft [g], wegen Verwendungen [h] und Uebernahme von Verbindlichkeiten zum Beſten derſelben [i], wobei denfalls nach obigem Grundſatz in Betracht kommt, ob er redlicher oder unredlicher Beſitzer war, und im erſten Fall, ob der Grund der Gegenanſprüche in die Zeit vor oder nach dem Beginn des Rechtsſtreites fällt. Mit richterlicher Erlaubniß kann der Beſitzer während des Streites nothwendige Veräußerungen vornehmen [k].

Anm. [i] Dahin gehören namentlich: Sachen des Erblaſſers, nebſt deren Erzeugniſſen und anderm Zuwachs, L. 18. §. 2. L. 20. §. 3. L. 25. §. 20. 26...29. 32. D. h. t.; auch ſolche, deren Beſitz oder auch nur Detention der Erblaſſer hatte, vgl. §. 531. not. g. h.; für die Erbſchaft angeſchaffte Sachen,

[a] L. 18. §. 2. L. 19. et sqq. D. h. t. [b] L. 25 §. 2.. .6. D. eod. [c] L. 20. 11. L. 25. §. 7. eod. L. 31. §. 3. eod. cf. L. 40. pr. eod. §. 113. Anm. 4. b. [d] L. §. 21. L. 25. §. 8. 10. D. eod. [e] L. 31. pr. eod. cf. L. 5. eod. L. 20. §. 18. od. [f] L. 17. eod. cf. L. 2. §. 1. ... L. 4. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 4. §. 2. 3. si cui plus. 35. 3. [g] L. 31. §. 1. 2. D. h. t. cf. L. 14. §. 2. Cod. de compens. 31. [h] L. 31. §. 3. L. 38. 39. D. h. t. cf. L. 37. 38. D. de rei vind. 6. 1. L. 6. 1. D. si pars hered. 5. 4. L. 36. §. 5. D. h. t. [i] L. 20. §. 20. L. 40. §. 3. eod. L. 5. 53. D. eod.

L. 20. pr. §. 1. D. eod.; was Schuldner gezahlt haben, L. 25. §. 18. L. 3[illegible] §. 5. cf. L. 20. §. 18. eod., oder der Beklagte selbst als Schuldner zu [illegible] hat, L. 13. §. 15. L. 14. 16. pr. §. 3. L. 20. §. 4. 5. eod.; in Bezug [illegible] erbschaftliche Sachen erworbene Forderungen gegen Dritte, L. 16. §. 4. 5. L. 4[illegible] §. 2. eod.; der durch Veräußerung von Sachen gewonnene Preis, L. 20. §. 1[illegible] 12...17. eod.

[2] Dieser Grundsatz ist in dem sogenannten Sc. Iuventianum anerkannt [illegible] durch dessen Auslegung vollständiger entwickelt. Vgl.:

a) L. 20. §. 6. D. h. t.... Optimum est, ipsius senatusconsulti interpretationem facere, verbis eius relatis: *Pridie Idus Martias Quintus Julius Balbus et Publius Iuventius Celsus, Titius Aufidius, Oenus Severianus consules verba fecerunt de his, quae Imperator Caesar, Traiani Parthici filius, Divi Nervae nepos, Hadrianus Augustus (imperator) maximusque princeps proposuit quinto Nonas Martias, quae proximae fuerunt libello complexus, quid fieri placeat. De qua re ita censuerunt: Cum antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretiorum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas. Idemque in similibus causis servandum. Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, et si eae ante petitam hereditatem deperissent demutaeve fuissent, restituere debere. Item eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent; eos autem qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent. Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum aut denuntiatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset, censuerunt.*

b) L. 22. in f. eod. Nam et in oratione Divi Hadriani ita est: *Dispicite, patres conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum, et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum.*

c) L. 28. eod. Post senatusconsultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni dicendum est.

d) L. 25. §. 11. eod. Consuluit Senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcunque igitur sumtum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt vel perdiderunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt; nec, si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Plane si ἀντίδωρα acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt, velut genus quoddam hoc esset permutationis. §. 12. Si quis re sua lautius usus sit contemplatione delatae sibi hereditatis

Marcellus . . . putat nihil eum ex hereditate deducturum, si eam non attigit. . . . §. 18. Petitio hereditatis etsi in rem sit actio, habet tamen praestationes quasdam personales, utputa eorum, quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum.

Ueber die Tendenz dieſes Sc. im Allgemeinen vgl. Arndts Beitr. S. 60. fg., über die Conſequenzen ſeines Princips im Einzelnen, denſ. im Rtslex. S. 228. fg. Von ſelbſt ergibt ſich daraus, daß die usucapio pro herede nicht gegen die hereditatis petitio ſchützen könne. vgl. §. 160. Anm. 2. c.

§. 534.

Einzelklagen, durch welche der Erbe erbſchaftliche Rechte geltend machen will, ſteht von Seiten des redlichen Beſitzers und derjenigen, welchen dieſer im Fall des Unterliegens regreßpflichtig iſt, eine Einrede entgegen, inſofern derſelbe dadurch unmittelbar oder mittelbar mehr zu leiſten genöthigt werden möchte, als wozu er in Folge der Erbſchaftsklage verurtheilt werden könnte [a]. Andere können als Schuldner oder Beſitzer von Sachen der Erbſchaft ſogar zugleich von beiden um dieſe ſtreitenden Parteien belangt werden; aber der Beklagte kann hier Sicherheit dagegen verlangen, daß er nicht wegen desſelben Rechtsanſpruchs doppelt zu leiſten haben werde [b]. Andererſeits ſind Gläubiger der Erbſchaft und Vermächtnißnehmer durch den Erbſchaftſtreit nicht gehindert, ihre Forderungen gegen die eine oder andere Partei geltend zu machen [c]; Vermächtnißnehmer können jedoch die Auszahlung des Vermächtniſſes nur erwirken, indem ſie dem Belangten für den Fall, daß er im Erbſchaftſtreite unterliege, Sicherheit leiſten [d].

Anm. Vgl. H. Dernburg, über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbſchaftlichen Singularklagen. Heidelb. 1852., Bang. §. 508., mit Arndts in Rtslex. S. 228. fg. 235. fg. Seuffert §. 581. 582.

2) Proviſoriſcher Schutz des Erbrechts.

§. 535.

a) Wegen Wahrſcheinlichkeit des Erbrechts.

Das römiſche Recht gibt demjenigen, welcher bonorum possessio erlangt hat, um ſich den wirklichen Beſitz der Nachlaßgegenſtände zu verſchaffen, ein interdictum adipiscendae possessionis

[a] L. 25. §. 17. D. h. t. 5. 3. cf. L. 13. §. 14. L. 25. §. 8. eod. L. 95. §. 9. D. de solut. 46. 3. — L. 1. §. 1. D. fam. erc. 10. 2. L. 32. §. 10. D. de recept. 4. 8. L. 5. 2. D. h. t. 5. 3. [b] L. 25. §. 17. L. 49. D. h. t. cf. L. 57. eod. [c] L. 4. §. 1. si cui plus. 35. 3. L. 12. pr. §. 1. Cod. h. t. 3. 31. cf. L. 35. D. de iure fisci. 49. 14. L. 12. pr. Cod. l. c. cf. L. 3. §. 6... 10. L. 4. 8. D. si cui plus. 35. 3. L. ult. D. de leg. gest. 3. 5.

gegen jeden possessor pro herede oder pro possessore, das interdictum quorum bonorum [a], über dessen Verhältniß zur hereditatis petitio die Ansichten sehr verschieden sind [1]. Die gemeinrechtliche Praxis aber gibt unter diesem Namen zu dem genannten Zweck ein bloß provisorisches Rechtsmittel jedem, welcher sein Erbrecht vorerst nur bescheinigt, d. h. in einem summarischen Verfahren dem Richter wahrscheinlich macht, wornach denn stets noch ein ordentlicher Rechtstreit über das Erbrecht mittels der eigentlichen Erbschaftsklage stattfinden kann.

Demjenigen, welcher in einem äußerlich fehlerlosen Testamente zum Erben eingesetzt ist, gibt das römische Recht noch insbesondere die Möglichkeit richterlicher Einweisung in den Besitz der Sachen, welche der Erblasser zur Zeit seines Todes besessen hatte, missio in possessionem ex lege ult. Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo [b], wirksam gegen jeden, der nicht aus besonderm Rechtsgrunde solche Sachen besitzt, so lange die Erbschaftklage nicht durch Verjährung ausgeschlossen ist, und sofern nicht der Gegner seinen sein Erbrecht beweist. Jener erlangt dadurch den Vortheil, nunmehr als Besitzer die Anstellung der Erbschaftsklage von Seiten seiner Gegner erwarten zu können [2].

Anm. [1] Vgl. vorzüglich Savigny in d. Ztschr. f. gesch. Rtsw. V. 1. VI. 3. (verm. Schriften II. 17.). Löhr im civ. Arch. XII. 4. Arndts Beitr. I. S. 88...93. 108...112. und im Rtslex. V. S. 615...620. Leist, bon. pos. I. S. 306...396. II. 2. S. 162...217. 257. 290. fg. Seuffert's Arch. I. 77. III. 279. 280. VII. 71.

[2] In der heutigen Praxis hat dieses sog. remedium ex L. ult. Cod. de ed. D. Hadr. toll. als provisorisches Rechtsmittel des Testamentserben wesentlich denselben Charakter, wie das interdictum quorum bonorum für andere Erben, und werden auch beide wohl durch den Ausdruck „gerichtlicher Einweisung" bezeichnet. Vgl. Leist a. a. O. S. 463. fg. Seuffert §. 583. Bang. §. 51. Seuffert's Arch. II. 75. 76. III. 282...286. VI. 227.

b) Bei sonst noch ungewissem Erbrecht.

§. 536.

a) Missio in possessionem ventris nomine.

Ist der Erbe noch ungeboren, so kann inzwischen die Schwangere (venter) Einweisung in den Besitz der Erbgüter erlangen

[a] Dig. quorum bonorum. 43. 2. Cod. 8. 2. cf. §. 3. J. de interdictis. 4. 15.
[b] L. 3. Cod. de ed. D. Hadr. toll. et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur. 6. 33.

welche ihrem Kinde, falls es lebend geboren wird, zukommen wer-
den[a], mit dem Recht, bis zur Entbindung ihren Unterhalt aus der
Erbſchaft zu beziehen, ſchlechthin, wenn das Kind zu denjenigen
gehört, die ex edicto unde liberi bonorum possessionem er-
langen konnten[b], ſonſt nur im Nothfall, ſofern es der Mutter an
Unterhaltungsmitteln gebricht[c], und auch im erſten Falle nur nach
vorgängiger Prüfung (causae cognitio), wenn das Erbrecht des
Kindes oder die Schwangerſchaft ſelbſt beſtritten wird[d], oder dieſe
nicht in gehöriger Zeit angezeigt iſt[e]. Zur einſtweiligen Verwaltung
der Erbſchaft und zur Fürſorge für den künftigen Erben wird ein
Curator (ventris nomine) beſtellt[f]. Der proviſoriſche Beſitz hört
auf, ſobald die Entbindung erfolgt oder die Nichtſchwangerſchaft ge-
wiß iſt[g]. Nur ſofern ſie betrüglich handelte, muß die Eingewieſene
die bezogenen Alimente erſtatten und für andern Nachtheil haften[h].

§. 537.

β) Bonorum possessio ex Carboniano edicto.

Wird einem Unmündigen die Eigenſchaft eines Kindes des
Erblaſſers, von welcher ſein Erbrecht abhängt, beſtritten, ſo wird
ihm auf Antrag der Vormünder ex Carboniano edicto[a] durch
prätoriſches Decret einſtweilen bonorum possessio ertheilt, voraus-
geſetzt, daß der regelmäßig eintretende Aufſchub des Rechtſtreits bis
zur Mündigkeit demſelben nicht unvortheilhaft iſt[b] und daß nicht
jetzt ſchon das fragliche Erbrecht als offenbar ungegründet erſcheint[c].
Wird von Seiten des Kindes Realcaution geleiſtet, ſo erhalten
deſſen Vormünder zugleich die Verwaltung der Erbſchaft[d]; ſonſt
wird dieſe ſeinen ſolche Sicherheit leiſtenden Gegnern eingeräumt[e],
oder ein beſonderer Curator dafür beſtellt[f]. Der Beſitz mit Sicher-
heitsleiſtung gewährt die Stellung des Beklagten in dem künftigen
Erbſchaftſtreite[g]. In jedem Falle aber gebührt dem Kinde der Un-
terhalt aus der Erbſchaft, der auch, wenn es ſpäter im Rechtſtreite

[a] Dig. de ventre in possessionem mittendo et curatore eius. 37. 9. [b] L. 1. 19. D. l. c. [c] L. 6. eod. [d] L. 1. §. 14. eod. [e] cf. Dig. de inspiciendo ventre. 25. 4. [f] L. 1. §. 17...26. L. 5. D. h. t. 37. 9. [g] L. 1. §. 27. eod. L. 1. §. 28. eod. cf. Dig. si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur. 25. 5. si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicatur. 25. 6.

[a] Dig. de Carboniano edicto. 37. 10. Cod. 6. 17. [b] L. 3. §. 5. D. l. c. [c] L. 3. §. eod. [d] L. 15. eod. [e] L. 5. §. 2. eod. [f] L. 5. §. 5. eod. [g] L. 6. 6. eod.

unterliegt, nicht erstattet zu werden braucht [h]. Miterben des Unmündigen erhalten mit ihm den Besitz der Erbschaft [i].

§. 538.

γ) Bonorum possessio furiosi nomine.

Ist ein Wahnsinniger zur Erbschaft berufen, nicht als Sui (§. 511.), und nicht unter Verhältnissen, wegen deren nach §. 506. 508. ein Anderer schlechthin für denselben die Erbschaft antreten kann, so kann (und soll auf seine Verantwortung) dessen Curator die einstweilen für ihn bonorum possessio ertheilen lassen und dadurch die Verwaltung der Erbschaft erlangen, als wäre sie dem Wahnsinnigen wirklich erworben [a]. Kommt dieser alsdann zu Verstand, so kann er nun durch eigenen Willen die Erbschaft endgültig erwerben [b]. Wenn er aber dieselbe ablehnt oder im Wahnsinn verstirbt, so fällt die Erbschaft denjenigen zu, welche zur Zeit ohne ihn das nächste Recht zur Erbfolge haben [c], jedoch ohne Anspruch auf Ersatz des dem Wahnsinnigen in Ermangelung andern Vermögens auf jener gewährten Unterhalts [d]. Caution braucht der Curator jenen nicht zu leisten [e]. Vermächtnisse kann er auszahlen, aber gegen Caution wegen Rückerstattung, für den Fall, daß sie durch Verleitelung des für den Wahnsinnigen gemachten vorläufigen Erwerbs hinfällig werden möchten [f]. Unterläßt es der Curator, die bonorum possessio zu erlangen, so kann der nächst dem Wahnsinnigen Berufene dieselbe erlangen, gegen Caution wegen künftiger Herausgabe, für den Fall, daß später Andern das Recht auf die Erbschaft zukäme [g].

Anm. [1] Als berechtigt zur Erbschaft, wenn der Wahnsinnige in furore diem suum finierit vel ad suam sanitatem perveniens eam repudiaverit, nennt das Gesetz in §. 7. ausdrücklich den Substituten, die Intestaterben, den Fiscus. Daraus hat man gefolgert, daß das Anwachsungsrecht der Miterben ausgeschlossen sey. Bangerow im civ. Arch. XXX. 1. Aber vgl. dagegen Seuffert in Linde's Ztschr. n. F. IV. 5. Löhr das. IV. 7. Seuffert's Arch. VII. 69.

[2] Nach Analogie der bonorum possessio furiosi nomine wird häufig der Fall behandelt, wenn einem Abwesenden (Verschollenen) eine Erbschaft deferirt ist, indem man hier dem curator absentis eine interimistische bon. possessio

[h] L. 5. §. 3. eod. [i] L. 5. pr. eod.

[a] L. 7. Cod. de cur. fur. 5. 70. (Justinian. a. 530.). cf. Dig. de bon. poss. furiosi ... competente. 37. 3. [b] L. 7. §. 7. Cod. l. c. [c] L. 7. §. 8. Cod. l. c. [d] L. 7. pr. D. de her. pet. 5. 3. [e] L. 7. §. 8. Cod. cit. [f] L. 48. §. 1. D. de legat. II. [g] L. 1. D. h. t. 37. 3.

ertheilt. Heiſe und Cropp Abh. II. S. 168. fg. Sint. §. 183. not. 13. Die Anſichten darüber ſind aber ſehr verſchieden. Vgl. einerſeits Kraut Vormundſchaftsrecht II. S. 253. fg., andererſeits Schäffer in Linde's Ztſchr. n. F. V. 8. Seuffert §. 566. not. 4c. 4d. — Seuffert's Arch. III. 185. 298. 346. VII. 69. 356.

§. 539.

δ) Bei bedingter Erbeinſetzung.

Der bedingt eingeſetzte Erbe kann, ehe noch die Bedingung erfüllt iſt, einſtweilen ſchon bonorum possessio erlangen [a] und ſo denn proviſoriſch durch die dem bonorum possessor zuſtehenden Rechtsmittel ſein Erbrecht geltend machen. Er muß aber wegen künftiger Herausgabe der Erbſchaft Caution leiſten, für den Fall nämlich, daß durch Nichterfüllung der Bedingung ſein Erbrecht vereitelt wird [b].

Anm. Vgl. Arndts Beitr. I. S. 183. fg. und im Rtslex. III. S. 930. fg. Leiſt bon. poss. II. 2. S. 304.

§. 540.

F. Veräußerung der Erbſchaft.

Der Erbe kann die Erbſchaft oder einen Erbtheil an einen Andern veräußern, z. B. durch Verkauf [a]. Demzufolge iſt unter den Contrahenten dasſelbe Reſultat herzuſtellen, als wäre nicht der Verkäufer ſondern der Käufer Erbe, bezüglich der Laſten und Verbindlichkeiten wie bezüglich der Vortheile [b]. Aber der Verkäufer bleibt dennoch Erbe und als ſolcher den Erbſchaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern perſönlich verpflichtet [c], ausgenommen wenn der Fiscus die Erbſchaft veräußert [d]. Der Käufer kann übrigens die erbſchaftlichen Klagen, und ebenſo auch unbedenklich die univerſelle Erbrechtsklage (§. 531.) und die Erbtheilungsklage (§. 527), wie ſie dem Veräußerer zuſtänden, als Ceſſionar anſtellen [e]. Andererſeits iſt gegen ihn von Seiten dritter Perſonen utilis hereditatis petitio möglich [f].

[a] L. 2. §. 1. L. 5. pr. 6. 10. 12. in f. D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 3. §. 13. D. de b. p. c. t. 37. 4. cf. L. 23. pr. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. [b] L. 12. D. qui satisd. cog. 2. 8. L. 8. D. de stip. praet. 46. 5.

[a] Dig. de hereditate vel actione vendita. 18. 4. Cod. 4. 39. [b] L. 2. pr. §. 3. et sqq. D. h. t. cf. §. 305. [c] L. 2. Cod. h. t. 4. 39. L. 2. Cod. de legat. 6. 37. cf. L. 2. Cod. de pact. 2. 3. [d] L. 1. Cod. h. t. L. 51. D. de iure fisci. 49. 14. [e] L. 16. pr. D. de pact. 2. 14. L. 5. Cod. h. t. cf. §. 255. Anm. 4. [f] L. 13. §. 4. 8. 10. D. de her. pet. 5. 3. cf. L. 2. Cod. eod. 3. 31.

Anm. Vgl. Arndts im Arch. IV. S. 24...26. V. S. 208. 212, und „über das Rechtsverhältniß desjenigen, welcher vom Fiscus eine Erbschaft gekauft hat" in Linde's Ztschr. XIX. 1. — Streitig ist, ob der Käufer auch auf den später dem Verkäufer anwachsenden Erbtheil (§. 518.) Anspruch habe? Es ist quaestio facti, quid actum sit inter contrahentes. Vang. §. 494. Puch. §. 521. not. d.

Zweites Capitel.

Von den Vermächtnissen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§. 541.

A. Begriff und Arten der Vermächtnisse.

Vermächtniß ist eine letztwillige Verfügung, wodurch der Erblasser einer Person mittelbar oder unmittelbar aus seinem Vermögen, also auf Kosten der Erbschaft, einen Vermögensvortheil zuwendet. Auch der hinterlassene Vermögensvortheil selbst wird Vermächtniß genannt. Durch Vermächtniß können aber nicht bloß bestimmte Vermögensgegenstände hinterlassen werden; es kann auch die Erbschaft selbst oder ein aliquoter Theil derselben Gegenstand des Vermächtnisses seyn, indem dem Erben die Restitution der Erbschaft an einen Andern auferlegt wird, wodurch denn dieser mittelbar die Stellung eines Erben erlangt. Das Vermächtniß heißt in diesem Falle Universalvermächtniß oder Universalfideicommiß (fideicommissum hereditatis); andere Vermächtnisse nennt man Singularvermächtnisse.

Anm. Das ältere R. R. unterschied: 1) als zwei in Form und Wirkung verschiedene Hauptarten der Vermächtnisse Legate und Fideicommisse; Legate, welche legis modo, i. e. imperative, nur dem Testamentserben auferlegt werden konnten; Fideicommisse, womit verbis precativis jeder, der vom Erblasser etwas erhielt, beschwert werden konnte; 2) unter den Legaten insbesondere, ebenfalls nach Form und Wirkung verschieden, ein legatum per vindicationem, wodurch direct ein dingliches Recht, und legatum per damnationem, wodurch zunächst nur eine Forderung gewährt wurde, nebst zwei Abarten beider, dem legatum per praeceptionem und sinendi modo. Vgl. Gai. II. 192...289. Ulp. XXIV. XXV. Pauli sentt. III. 6. IV. 1. Im Justinianischen Recht ist aber nicht nur dieser formelle Unterschied unter den Legaten, sondern auch der zwischen

Legaten und Fideicommissen beseitigt, und aus beiden eine Art von Vermächtnissen geworden, die nur nach ihrem Inhalt in Singular- und Universalvermächtnisse sich scheiden. Vgl. Inst. de legatis. 2. 20. de fideicommissariis hereditatibus. 2. 23. de singulis rebus per fideicommissum relictis. 2. 24.; Dig. de legatis et fideicommissis I. II. III. (lib. 30...32.); Cod. de legatis. 6. 37. de fideicommissis. 6. 42. Communia de legatis et fideicommissis et de in rem missione tollenda. 6. 43. Insbesondere L. 2. Cod. h. t.: Omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum est ... et omnia, quae naturaliter insunt legatis, et fideicommissis inhaerere intelligantur, et contra quidquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legatum, et si quid tale est, quod non habet naturam *(valet natura?)* legatorum, hoc ei ex fideicommissis accommodetur, et sit omnibus perfectus eventus et ex omnibus nascantur in rem actiones et ex omnibus hypothecariae, ex omnibus personales. Ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniet, hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur et secundum eius dirimatur naturam.... Et si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc et legatum et fideicommissum intelligatur, et si fidei heredes vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum esse videatur. (Justinian. a. 531.) Darüber: Marezoll, zur Lehre von den Vermächtnissen, in Linde's Ztschr. IX. 4. 9. — Ueberhaupt zu diesem Capitel: Roßhirt, d. L. v. d. Vermächtnissen, 2. Bde. Heidelb. 1835. Arndts, Art. Legat, im Rtslex. VI. S. 279...344. Mayer, d. Lehre v. d. Legaten und Fideicommissen, aus den Quellen bearbeitet. Abth. 1. Tübingen 1854. vgl. krit. Ueberschau II. S. 165. fg.

B. Errichtung der Vermächtnisse.

1) Subjecte.

§. 542.

Drei Personen kommen bei jedem Vermächtniß in Betracht: der Vermächtnißgeber, der Vermächtnißträger (Onerirte), und der Vermächtnißnehmer (Honorirte). 1) Geben kann ein Vermächtniß, wer sich einen Erben ernennen kann [a]. 2) Beschwert mit einem Vermächtniß kann jeder werden, der auf den Todesfall unmittelbar oder mittelbar etwas vom Erblasser erhält [b], das ihm bloß durch dessen letzten Willen gewährt wird oder durch andere letztwillige Verfügung entzogen werden könnte [1], und nur in dem Maße, als dieses der Fall ist [2], soweit sich nämlich Last und Vortheil gegen

[a] L. 2. 114. pr. D de legat. I. L. 1. pr. §. 2. 3. D. de legat. III. L. 6. § 3. L. 8. § 2. D. de iure codicill. 29. 7. cf. L. 1. §. 1. 5. D. de legat. III. [b] L. 1. §. 6...10. L. 2...6. D. l. c. pr. J. de sing. reb. per fid. rel. 2. 24. cf. L. 96. §. 4. D. de legat. I.

einander genau abschätzen läßt [c]. 3) Fähig, mit einem Vermächtniß bedacht zu werden, ist wer zum Erben eingesetzt werden kann [d]; auch regelmäßig jede Corporation [e], wenngleich ihr Erbfähigkeit nicht besonders ertheilt ist [3].

Anm. [1] Für Vermächtnisse überhaupt gilt nun die Regel von Fideicommissen: Sciendum est autem, eorum fidei committi posse, ad quos aliquid perventurum est morte eius, vel dum iis datur, vel dum iis non adimitur. L. 1. §. 6. D. de legat. III. Dahin gehört vor allen der Erbe ab intestato oder ex testamento (L. 1. §. 7...10. D. l. c.), oder wer statt dem Erben den Nachlaß erhält, wie der Fiscus als Occupant der bona vacantia (L. 114. §. 2. D. de legat. I.), sodann jeder Vermächtnißnehmer (pr. J. de sing. reb. per fid. 2. 24.), und der auf den Todesfall (nicht unwiderruflich) Beschenkte (L. 3. D. de legat. III. L. 77. §. 1. D. de legat. II. L. 9. Cod. de fideicomm. 6. 42. cf. L. 35. §. 4. D. de m. c. don. 39. 6.) oder wer conditionis implendae causa etwas erhält (L. 96. §. 4. D. de legat. I.), aber auch die Erben der Erben und Vermächtnißnehmer (L. 5. §. 1. L. 6. pr. D. de legat. III.) und der Vater, insoweit er durch das dem Kinde Hinterlassene gewinnt (L. 11. D. de legat. I. cf. Ulp. XXIV. 21. XXV. 10.), insbesondere auch der Pupillarsubstitut oder Intestaterbe des nicht enterbten unmündigen Kindes, insofern ihm mittelbar durch des Kindes Erbschaft etwas aus des Vaters Vermögen zugeht (L. 92. §. 2. L. 93. 94. pr. D. de legat. I. cf. L. 24. Cod. de legat. 6. 37.); nicht auch, wer nur „fortuito, non iudicio testatoris" etwas erhält (L. 6. §. 1. D. de legat. III.), oder selbst gegen dessen Willen (L. 2. D. eod. L. 31. Cod. de fideicomm. 6. 42.), oder nur das, was ihm dieser rechtlich nicht entziehen könnte (L. 114. §. 1. D. de legat. I.).

[2] Placet non plus posse rogari quem restituere, quam ei relictum sit. L. 114. §. 3. D. de legat. I. Daher: Si centum legatis duplum restituere rogatus sit, ad summam legati videbitur constituisse. Aber: Si autem post tempus fideicommissum relictum sit, usurarum dumtaxat additamentum admittetur; nec mutanda sententia erit, quod forte legato percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio consecutus est aut poenam stipulationis imminentem evasit. Haec ita, si quantitas cum quantitate conferatur; enimvero si pecunia accepta rogatus sit, rem propriam, quanquam maioris pretii est, restituere, non est audiendus legatarius, legato percepto si velit computare; non enim aequitas hoc probare patitur, si, quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat. L. 70. §. 1. D. de legat. II. — Wegen Unterlassung der Inventarserrichtung kann der Erbe auch über den Bestand der Erbschaft hinaus vermächtnißpflichtig werden nach nov. 1. cap. 2.

[3] Für Vermächtnisse gilt auch nicht die Beschränkung des §. 471. Anm. 1

[c] §. 1. J. l. c. L. 114. §. 3. D. de legat. I. L. 70. §. 1. 2. D. de legat. II. [d] §. 24...27. J. de legat. 2. 20. cf. Gai. II. 238. — L. 11. D. de alim. leg. 34. 1. [e] L. 2. D. de reb. dub. 34. 5. L. 23. D. de ann. leg. 33. 1. L. 38. §. 6. D. de legat. III. L. 117. D. de legat. I. cf. §. 471. Anm. 3. §. 492 not. f.

§. 492. not. e. vgl. §. 549. Mühlenbruch in der Erläutr. d. Pand. Bd. 39. S. 412. fg.

§. 543.

Wer im einzelnen Falle mit dem Vermächtniß beschwert sey, hängt von der Bestimmung des Erblassers ab [a]. Mehrere können zusammen theilweise, oder alternativ jeder für's Ganze verpflichtet werden [b]. Ist nichts darüber bestimmt, so fallen die Vermächtnisse den Erben zur Last, nach Verhältniß der Erbtheile, jedem unabhängig von dem andern [c], sofern nicht die Untheilbarkeit des Gegenstandes eine Haftung für's Ganze mit sich bringt [d]. Ist mehreren oder allen Erben mit namentlicher Bezeichnung ein Vermächtniß auferlegt, so sind sie im Zweifel zu gleichen Theilen vermächtnißpflichtig [e]; wenn „allen", mit Ausnahme eines oder mehrerer namentlich bezeichneter Erben, so theilt sich unter jenen wiederum im Zweifel die Verpflichtung nach Verhältniß der Erbtheile [f]. Die dem wegfallenden Erben auferlegten Vermächtnisse trägt auch derjenige, der vermöge des Anwachsungsrechts [g] oder als Substitut [h] an seine Stelle tritt, sofern nicht jene auf die persönliche Eigenschaft des Belasteten berechnet waren [i].

Anm. Die Stellen in not. f...h. enthalten zum Theil widersprechende Entscheidungen: a) L. 17. D. 45. 2. (Paul. lib. 8. ad Plaut.). Sive a certis personis heredum nominatim legatum esset, sive ab omnibus excepto aliquo, Atilicinus, Sabinus, Cassius pro hereditariis partibus totum eos legatum debituros aiunt, quia hereditas eos obligat; idem est, quum omnes heredes nominantur. b) L. 54. §. 3. D. de legat. I. (Pompon. lib. 8. ad Sab.). Si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent, si vero omnes, hereditarias. c) L. 124. eod. (Nerat. lib. 5. membran.). Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est, ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando, qui, si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent. Ueber die verschiedenen Meinungen vgl. Bang. §. 521. Anm. 3. Arndts im Rtsler. VI. S. 284. fg. Dabis in Linde's Ztschr. n. F. I. 9. Der letzte erklärt L. 17. cit. dahin, daß durch die Worte *pro hereditariis partibus* nicht die Verpflichtung

[a] L. 29. §. 1. D. de legat. II. L. 98. D. de legat. III. [b] L. 8. §. 1. D. de legat. I. L. 25. D. de legat. III. cf. L. 9. pr. D. de duob. reis. 45. 2. §. 213. Anm. 1. [c] L. 33. pr. 44. pr. D. de legat. II. cf. L. 86. §. 3. D. de legat. I. [d] L. 11. §. 23. 24. D. de legat. III. L. 7. D. de serv. leg. 33. 3. L. 80. §. 1. D. ad leg. Falc. 35. 2. [e] L. 124. D. de legat. I. cf. L. 54. §. 3. eod. [f] L. 17. D. de duob. reis. 45. 2. L. 104. pr. D. de legat. I. cf. L. 81. §. 4. D. eod. [g] L. un. §. 4. 9. 10. Cod. de cad. toll. 6. 51. cf. L. 49. §. 4. L. 61. §. 1. D. de legat. II. L. 29. §. 1. 2. eod. [h] L. 61. §. 1. eod. cf. L. 1. §. 9. D. de legat. III. [i] L. un. §. 9. Cod. l. c.

nach der Kopfzahl, sondern nur die Correalobligation vermeint werde. Befriedigend ist auch diese Lösung nicht. Dasselbe gilt von dem neuesten Versuch einer Lösung von Gerstlacher: zur Lehre von dem Rechtsverhältniß zwischen mehreren mit einem Legate belasteten Erben und dem Legatar, Heidelberg 1853, welcher von der Voraussetzung ausgeht, daß der Bf. der L. 17. cit. eine Verfügung vor Augen gehabt habe, wodurch mehrere Erben alternativ mit einem legatum per damnationem belastet gewesen seyen, z. B. „*Titius aut Maevius Sempronio dato.*" Vgl. Bang. in d. 6. Aufl. II. S. 480.

§. 544.

Vermächtnißnehmer ist, wem der Erblasser mit der Absicht, ihm eine Gunst zu erweisen, letztwillig einen Vermögensvortheil zuwendet, was auch durch Anordnung einer Leistung an einen Andern geschehen kann [a]. Die Person des Vermächtnißnehmers muß kenntlich bestimmt seyn, wie die des Erben [b]. Mehreren kann ein Vermächtniß gemeinschaftlich oder alternativ gegeben werden; im letzten Fall sind sie als Correalgläubiger anzusehen [c]; im ersten Fall heißen sie Collegatare. Auch einem Erben kann ein Vermächtniß gegeben werden (Prälegat i. w. S.), durch Belastung entweder einer bestimmten andern Person oder überhaupt der Erben oder der Erbschaft [d]. Im letzten Fall ist das Vermächtniß ein Prälegat i. e. S. [1]. Dieses ist aber als Vermächtniß nur wirksam, soweit es auf den Erbtheil der Miterben fällt [e]; den auf seinen eigenen Erbtheil fallenden Theil desselben hat der bedachte Erbe (Prälegatar) als Erbe [f], nicht als Legatar [2]. Doch wird ihm im Fall der Ablehnung der Erbschaft [g] oder deren Entreißung wegen Unwürdigkeit [h] das Ganze als Vermächtniß belassen.

Anm. [1] Buchholtz, die Lehre von den Prälegaten. Jena 1850., eine Monographie von nicht weniger als 696 Seiten!

[2] Der Grund davon: Herede enim a semetipso legatum dari non potest, oder inutiliter legatur. L. 18. 34. §. 11. L. 116. §. 1. D. de legat. I. Folgerungen daraus: a) L. 75. §. 1. D. de legat. II. Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem ante aditam hereditatem vita decessit: partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quae pro

[a] L. 11. §. 20...22. D. de legat. III. L. 49. §. 4...6. L. 69. §. 2. D. de legat. I. [b] §. 29. J. de legat. 2. 20. L. 54. pr. D. de legat. I. L. 4. D. de reb. dub. 34. 5. cf. §. 491. 6. §. 493. not. c. d. [c] L. 16. D. de legat. II. cf. §. 213. 491. Anm. b. c. §. [d] L. 104. §. 3. D. de legat. I. L. 17. §. 2. eod. [e] L. 18. 116. §. 1. D. eod. L. 40 pr. D. de legat. III. [f] L. 1. §. 6. D. quod legat. 43. 3. cf. L. 1. Cod. si cert. pet. 4. 2. L. 18. §. 3. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 90. D. ad leg. Falc. 35. 2. [g] L. 1. §. 2. L. 18. 87. 91. §. 2. D. de legat. I. L. 12. Cod. de legat. 6. 37. cf. L. 88 D. eod. [h] L. 18. §. 2. D. de his quae ut indign. 34. 9.

parte coheredum constiterunt, ad heredes eius transmitti. b) L. 34. §. 11. cit. Si duobus sit legata, quorum alter heres institutus sit . . . quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit. (cf. L. 116. §. 1. cit.). L. 34. §. 12. eod. Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam. (cf. L. 2. pr. D. de instructo leg. 33. 7. L. 67. §. 1. D. de legat. I. L. 34. §. 13. eod.). Dazu vgl. Vangerow, „von dem Anwachſungsrecht bei Prälegaten," im civ. Arch. XXXV. 8., beſonders S. 280. fg. und Pand. 6. Aufl. II. §. 523., gegen Buchholtz S. 371. fg. „So ſcharfſinnig übrigens auch die obigen Sätze (unter b.) erſcheinen, ſo werden ſie doch heutzutage kaum anwendbar ſeyn, ohne gegen den Willen des Erblaſſers zu verſtoßen." Arndts a. a. O. S. 289.

2) Form der Errichtung.

§. 545.

Vermächtniſſe können errichtet werden 1) im Teſtament; 2) in Codicillen [a], neben einem Teſtament (codicilli testamentarii) oder ohne ein ſolches (codicilli ab intestato), und in jenem Fall mit oder ohne Beſtätigung im Teſtament (codicilli confirmati oder non confirmati), mündlichen oder ſchriftlichen (codicilli nuncupativi oder scripti), unter den Formen der Teſtamentserrichtung, nur mit dem Unterſchied, daß bei Privatcodicillen die Zuziehung von fünf Zeugen genügt, und bei ſchriftlichen die Siegelung entbehrlich iſt [b]. Es kann aber 3) auch durch eine ganz formloſe Erklärung des Erblaſſers an denjenigen, der er es entrichten ſoll, ein Vermächtniß gültig errichtet werden; ob jedoch dies geſchehen ſey, muß der Vermächtnißnehmer lediglich von dem Eide des angeblich damit Beſchwerten abhängig machen, und dieſer kann verlangen, daß zuvor jener den Gefährdeeid ſchwöre [c].

Anm. [1] „Ueber die äußere Form der Codicille" ſ. Danz in Linde's Ztſchr. IX. 8.; über die ganze Lehre von den Codicillen, Fein in der Fortſetzung von Glück's Erläutr. der Pand. Bd. 44. 45. Mayer d. L. von den Legaten §. 18...28. Für Codicille Blinder iſt dieſelbe Form erforderlich, wie für deren Teſtamente. L. 8. Cod. qui test. fac. 6. 22. No. II. §. 9...11. Mayer a. a. O. S. 78.

[2] Das formloſe Vermächtniß nach Nr. 3. nennt man häufig Oralfideicommiß oder fideicommissum heredi (vel legatario) praesenti iniunctum. Dieſe Benennungen hängen zuſammen mit der unrichtigen Meinung, daß nur mündliche Erklärung des Erblaſſers an den gegenwärtigen Onerirten jene Wirkung habe (arg. L. ult. Cod. cit. verb. *sine scriptura et praesentia testium*, und

[a] Inst. de codicillis. 2. 25. Dig. de iure codicillorum. 29. 7. Cod. de codicillis. 6. 36. [b] L. 8. §. 3. Cod. h. t. L. 28. in f. Cod. de testam. 6. 23. cf. L. 8. Cod. qui testam. fac. 6. 22. NO. II. §. 2. [c] L. ult. Cod. de fideicommiss. 6. 42. §. 12. J. de fideic. hered. 2. 23. cf. L. 21. pr. D. de legat. III.

§. 12. J. cit. verb. *iusiurandum . . . quod nihil tale a testatore audierit*, einer Meinung, die noch jetzt manche Anhänger hat. Vgl. z. B. Mühlenbruch §. 730. Göschen III. 2. S. 550. Mayer a. a. O. §. 29. Seuffert's Arch. IV. 66. V. 38.; dagegen aber Bang. §. 528. Arndts a. a. O. S. 292. Sint. §. 208. not. 14. Seuffert §. 608. u. a. Ein dem Onerirten nicht mitgetheiltes unförmliches Schreiben des Erblassers ist freilich nicht genügend. Seuffert's Arch. II. 315. VIII. 72. — Ueber Geltendmachung gegen die Erben des Onerirten namentlich vermöge erweislichen Geständnisses des letzten, s. das. V. 38. — Unzulässigkeit der Zurückschiebung des Eides und der Gewissensvertretung: Bang. und Sint. a. a. O. — Ueber den Fall, wenn nur der Gegenstand, nicht die Existenz des Vermächtnisses streitig ist: Sint. a. a. O.

§. 546.

Eine als Testament ungültige letzte Willensordnung kann doch als Codicill bestehen, wenn der Erblasser diesen Willen ausgesprochen hat [a], durch die sog. clausula codicillaris, vorausgesetzt, daß die Erforderniſse eines gültigen Codicills vorhanden sind. Auf diese Weise kann dem Testament die Geltung als Codicill auch für den Fall erhalten werden, wenn es als Testament erst später ungültig wird, vorausgesetzt, daß der Grund der Ungültigkeit nicht ein solcher ist, der auch den Codicill ergreift. In Folge der Codicillarclausel werden nicht nur die im Testament enthaltenen Vermächtnisse, sondern auch die Erbeinsetzung, und zwar diese als Universalfideicommiß, aufrechterhalten [b]. Der Eingesetzte hat die Wahl, das Recht des Erben oder des Universalfideicommissars geltend zu machen, kann aber nachher nicht mehr das einmal aufgegebene ergreifen [c], nur Eltern und Kinder ausgenommen [d].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Fein a. a. O. Bd. 45. S. 184. fg. Bang II. §. 527. Mayer a. a. O. §. 23...28.

[2] Bei der Ausnahme in not. d. macht das Gesetz den willkürlichen, aber praktisch kaum je erheblichen Unterschied: si quis vero ex parentibus utriusque sexus ac liberis usque ad quartum gradum agnationis vinculis alligatus, vel cognationis nexu constrictus usque ad tertium, scriptus heres fuerit.

3) Inhalt der Vermächtnisse.

§. 547.

a) Im Allgemeinen.

Durch Vermächtniß können vermögensrechtliche Vortheile jeder Art gewährt werden. Nur muß es eine mögliche und rechtlich

[a] L. 29. §. 1. D. qui testam. fac. 28. 1. L. 88. §. 17. D. de legat. II. L. 8. § 1 Cod. de codicill. 6. 36. cf. L. 1. 13. §. 1. D. de iure codic. 29. 7. L. 41. §. 3. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. [b] L. 88. §. 17. cit. [c] L. 8. pr. §. 1. Cod. h. t. 6. 36. [d] L. 8. §. 2. Cod. eod.

zulässige Leistung seyn, welche dem Beschwerten auferlegt wird, und der Gegenstand muß hinreichend bestimmt seyn, so daß es nicht bloß in der Willkür des Beschwerten steht, ob er etwas und was er geben wolle [a]. Ungültig ist demnach das Vermächtniß einer dem Verkehr gänzlich entzogenen Sache [b], desgleichen einer solchen, in Ansehung deren dem Vermächtnißnehmer das Commercium fehlt [c]; nicht auch, wenn bloß dem Beschwerten das Commercium fehlt, welcher dann, wenn die Sache eine fremde ist, wenigstens den Werth zu zahlen hat [d], und darauf hat denn in diesem Falle der Vermächtnißnehmer auch dann Anspruch, wenn zugleich ihm selbst das Commercium in Betreff der Sache selbst fehlt [e]. Auch wenn ihm nur wegen thatsächlicher Hindernisse deren Erwerb unmöglich ist, kann er doch den Werth verlangen [f].

Anm. Ueber den scheinbaren Widerstreit der Stellen in not. c. und e. vgl. Roßhirt I. S. 224. fg. Vang. §. 525. mit Puchta §. 528. not. h. und Vorles. II. S. 433.

§. 548.

b) Nebenbestimmungen [a].

Vermächtnissen kann der Erblasser nicht nur, wie der Erbeinsetzung, aufschiebende Bedingungen [b], sondern auch auflösende Bedingungen [c] und Zeitbestimmungen jeder Art [d] wirksam hinzufügen. Ist dem Vermächtniß ein Modus beigefügt, so kann der Beschwerte bei Entrichtung des Vermächtnisses Caution wegen Erfüllung der Auflage verlangen [e], und wegen Nichterfüllung das Gegebene zurückfordern [f].

Anm. Vgl. überhaupt Mayer a. a. O. §. 33...40.

§. 549.

c) Substitution bei Vermächtnissen.

Eine Substitution ist bei Vermächtnissen 1) gleichwie bei der Erbeinsetzung, in der Art möglich, daß dasselbe Vermächtniß einem Andern gegeben wird für den Fall, daß der zunächst Bedachte es

[a] L. 69. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. cf. §. 491. [b] §. 4. J. de legat. 2. 20 L. 39. §. 9. 10. D. de legat. I. L. 14. Cod. de legat. 6. 37. cf. L. 83. §. 5. L. 137. §. 6. D. de V. O. 45. 1. [c] L. 49. §. 2. D. de legat. II. cf. L. 34. D. de V. O. 45. 1. [d] L. 49. §. 3. D. de legat. II. [e] L. 40. D. de legat. I. [f] L. 114. §. 5. D. eod.

[a] Dig. de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. 35. 1. [b] Cod. de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis. 6. 46. cf. §. 495. [c] L. 26. Cod. de legat. 6. 37. cf. L. 55. D. de legat. I. [d] L. 1. pr. §. 1. 2. L. 79. pr. §. 1. D. h. t. 35. 1. cf. §. 552. [e] L. 40. §. 5. D. l. c. L. 19. D. de legat. III. [f] L. 17. D. de usu et usufr. leg. 33. 2. L. 21. §. 3. D. de ann. leg. 33. 1. cf. §. 74. 495. not. l...p.

nicht erwerbe [a]; aber auch 2) so, daß mehrere nach einander denselben Gegenstand haben sollen, indem derjenige, dem er zuerst gegeben ist, denselben zu gewisser Zeit, z. B. nach seinem Tode, einem Andern herausgeben soll, und ebenso etwa dieser wieder einem Dritten, u. s. w. Dies versteht man unter fideicommissarischer Substitution oder precaria substitutio, wohin aber auch schon bei dem Erben auferlegte Universalfideicommiß gehört (sog. indirecta heredis substitutio). Vermächtnisse solcher Art aber nennt man successive. Eine Art derselben sind die Familienfideicommisse, fideicommissa familiae relicta [b], d. i. solche, wodurch dem Beschwerten auferlegt wird, das Vermächtniß Angehörigen einer bestimmten Familie, es sey der des Erblassers oder einer andern, zu hinterlassen [1]. Hat der Erblasser nicht anders bestimmt, so kann der zunächst Beschwerte und so auch wieder jeder folgende Vermächtnißträger nach seiner Wahl einem oder mehreren Angehörigen der Familie das Vermächtniß zuwenden [c]. Unterläßt er dieses, oder überträgt er den Gegenstand des Vermächtnisses an einen Fremden [2], so sind die nächsten Verwandten zuerst desjenigen, dessen Familie das Vermächtniß bestimmt ist, sodann des jedesmaligen Fideicommißinhabers berechtigt, dasselbe zu fordern [d]. Diejenigen aber, die zur Veräußerung ihre Einwilligung geben, verlieren ihren Fideicommißanspruch, und durch Einwilligung aller Familienglieder kann daher das Fideicommiß ganz aufgehoben werden [e].

Anm. [1] Unter Familie werden hier alle Verwandten begriffen (L. 69. §. 4. D. de legat. II.), und bei deren Abgang selbst der Gatte eines verstorbenen Descendenten. L. 5. Cod. de V. S. 6. 38.

[2] Jedoch L. 69. §. 1. D. de legat. II. Praedium, quod nomine familiae relinquitur, si non voluntaria facta est alienatio, sed bona heredis veneant, tamdiu emtor retinere debet, quamdiu debitor haberet bona non venditis, post mortem eius non habiturus, quod exter heres praestare cogeretur.

[3] Nach nov. 159. cap. 2. soll das Familienfideicommiß in der Hand des vierten Inhabers (post quatuor generationes s. successiones) von selbst erlöschen und dessen freies Eigenthum werden (vgl. Pfeiffer prakt. Ausf. II.

[a] L. 50. pr. L. 77. §. 13. D. de legat. II. L. 3. D. de adim. leg. 34. 4. L. un. §. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 6. Cod. de legat. 6. 37. [b] L. 114. §. 14...18. D. de legat. I. L. 32. §. 6. L. 67. pr. §. 1...7. L. 69. §. 1. 3. 4. D. de legat. II. [c] L. 67. pr. §. 2. D. de legat. II. L. 114. §. 17. D. de legat. I. [d] L. 3. pr. D. de iure codicill. 29. 7. L. 69. §. 3. D. de legat. II. L. 67. §. 3...7. eod. L. 114. §. 15...18. D. de legat. I. [e] L. 120. §. 1. D. de legat. I. L. 77. §. 27. D. de legat. II. L. 11. Cod. de fideicomm. 6. 42.

S. 54. fg.), wenigſtens nach dem buchſtäblichen Inhalt des Geſetzes dann, wenn jener einen unmündigen Vorgänger hatte (vgl. Marezoll in Löhr's Mag. IV. S. 203. fg.). Man hält aber dieſe Beſtimmung wohl mit Recht für unpraktiſch. Sint. §. 209. not. 37.

[4] Ein Rechtsinſtitut von eigenthümlichem Charakter ſind die deutſchrechtlichen Familienfideicommiſſe, für welche das R. R. nicht maßgebend iſt. Vgl. Rtslex. IV. S. 237. fg.

§. 550.

4) Regula Catoniana [a].

Eine nach ihrem Urheber benannte alte Rechtsregel ſagt: ein Legat, welches unwirkſam wäre, wenn der Teſtator ſofort nach der Teſtamentserrichtung ſtürbe, bleibe (ungeachtet der bis dahin eingetretenen Veränderung der Umſtände) unwirkſam, wenn auch der Tod erſt ſpäter erfolge [b]. Die Regel trifft nicht ſolche Legate, deren Anfall nicht der Regel gemäß ſofort durch den Tod des Erblaſſers erfolgt [c], daher auch bedingte Legate nicht, wenn die Erfüllung der Bedingung noch nach dem Tode eintreten kann [d]; ſie gilt auch nicht für Legate unter einer Bedingung, die noch erſt beim Leben des Teſtators oder durch deſſen Tod erfüllt werden ſoll [e]. Die Regel bezieht ſich nicht auf den Mangel der Fähigkeit des Legatars [f] oder der Verkehrsfähigkeit der Sache [g], wegen deſſen auch das bedingte Legat ſchlechthin ungültig iſt.

Anm. [1] L. 1. pr. D. h. t. Catoniana regula sic definit: *Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere.* Quae definitio in quibusdam falsa est. §. 1. Quid enim si quis ita legaverit: *si post Kalendas mortuus fuero, Titio dato?* an cavillamur? Nam hoc modo, si statim mortuus fuerit, non esse datum legatum, verius est, quam inutiliter datum. L. 3. eod. Catoniana regula non pertinet ad hereditates neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem. L. 41. §. 2. in f. D. 30. Ad conditionalia Catoniana non pertinet. — Vgl. überhaupt Harnier de regula Catoniana. Heidelb. 1820. Roßhirt im civ. Arch. X. 14. Guyet Abh. Nr. 5. Müller im civ. Arch. XIV. 18. Arndts im Rh. Muſ. V. 9. Roßhirt Vermächtniſſe I. S. 413. fg. Bang. II. §. 540.

[2] Einzelne Fälle der Anwendung enthalten a) antiquirte: Gai. II. 244. 245. Ulp. XXIV. 23. 24. §. 32. 33. J. de legat. 2. 20. cf. L. 25. 91. pr. D. de legat. I. L. 17. D. quando dies leg. 36. 2. b) noch praktiſche:

[a] Dig. de regula Catoniana. 34. 7. [b] L. 1. pr. D. h. t. [c] L. 3. eod. cf. L. 7. §. 6. L. 8. 17. D. quando dies leg. 36. 2. L. 86. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 13. D. de opt. leg. 33. 6. [d] L. 41. §. 2. D. de legat. I. cf. L. 3. D. h. t. [e] L. 1. §. 1. 2. L. 2 eod. [f] L. 59. §. 4. D. de hered. inst. 28. 5. cf. §. 542. 3. §. 492. not. c. §. 505. not. b. [g] §. 4. J. de legat. 2. 20. cf. §. 547. not. b.

L. 41. §. 2. D. de legat. I. cf. L. 18. D. de legat. II. L. 98. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 13. Cod. de legat. 6. 37. — Ueber die Frage in not. f. g. s. besonders Arndts a. a. O. S. 209.; jedoch noch a. M. bezüglich beider Punkte Roßhirt a. a. O., bezüglich des unter not. g. Bang. §. 525. Anm. 1. a. E.

[a] Streitig ist, ob die Catonianische Regel auch auf Fideicommisse Anwendung gefunden habe, daher auch, ob sie im Justinianischen Rechte überhaupt noch gelte? Dagegen z. B. wieder Sint. §. 212. not. 6.

C. Aufhebung der Vermächtnisse.

§. 551.

1) Durch den Willen des Erblassers.

Der Erblasser kann jederzeit sowohl einzelne Vermächtnisse zurücknehmen [a], als auch die ganze Willensordnung, Testament oder Codicill, worin sie enthalten sind, aufheben. Durch Errichtung eines Testaments wird stillschweigend nicht nur das früher errichtete Testament seinem ganzen Inhalt nach aufgehoben, sondern auch die früher errichteten Codicille, also auch ein früheres mit der Codicillarclausel versehenes Testament, sofern nicht ein anderer Wille sich kund gibt [b]; ein neuer Codicill hebt den früheren nur auf, soweit der Inhalt beider unvereinbar ist [c]. Den Willen der Zurücknahme einzelner Vermächtnisse kann der Erblasser durch Ausstreichen der betreffenden Verfügung, wie durch ausdrückliche Erklärung kund geben [d]; es genügt überhaupt, um dem Vermächtniß seine Kraft zu nehmen, jeder Beweis der Willensänderung [e], die auch aus andern Handlungen, z. B. Veräußerung des vermachten Gegenstandes hervorgehen kann [f], und im Fall heftiger nicht versöhnter Verfeindung des Erblassers mit dem Vermächtnißnehmer vermuthet wird [g].

Bedingte Zurücknahme wirkt gleich der Errichtung unter der entgegengesetzten Bedingung [h]. Mit der Zurücknahme kann zugleich die Errichtung eines neuen Vermächtnisses anstatt des früheren verbunden seyn [i], translatio legati [i]; hier ist aber der Regel nach

[a] Inst. de ademtione vel translatione legatorum. 2. 21. Dig. de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis. 34. 4. [b] L. 5. D. de iure codicill. 29. 7. §. 1. J. de codicill. 2. 25. [c] §. 3. J. l. c. L. 6. §. 1. D. l. c. [d] L. 16. 17. D. h. t. 34. 4. [e] L. 3. §. 11. L. 15. D. eod. L. 27. Cod. de fideicommiss. 6. 42. cf. pr. J. h. t. 2. 21. [f] L. 15. 18. 24. §. 1. D. de adim. legat. 34. 4. L. 3. Cod. de legat. 6. 37. L. 11. Cod. L. 1. §. 1. D. de instructo leg. 33. 7. L. 11. §. 13. D. de legat. III. §. 12. 21. J. de legat. 2. 20. [g] L. 3. §. 11. L. 4. D. h. t. 34. 4. cf. L. 13. 29. eod. [h] L. 10. 14. pr. eod. L. 6. pr. D. quando dies. 36. 2. [i] §. 1. J. h. t. L. 5.. 6. D. h. t. cf. L. 24. pr. eod. L. 87...89. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 33. 34. pr. D. de legat. I.

jene nichtsdestoweniger wirksam, wenn gleich dieses nicht gültig ist [k].

Ist nicht zu erkennen, auf welches von mehreren Vermächtnissen die Zurücknahme sich beziehen soll, so ist sie für alle wirkungslos [2].

Anm. [1] L. 6. pr. D. h. t. Translatio legati fit quatuor modis: aut enim a persona in personam transfertur; aut ab eo, qui dare iussus est, transfertur, ut alius det; aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei; aut quod pure datum est, transfertur sub conditione. — Wesentlich ist dabei die Absicht des Erblassers, das eine Vermächtniß an die Stelle des andern zu setzen; verschieden davon der Fall: a) wenn nur dasselbe Vermächtniß an dieselbe Person wiederholt wird, b) wenn dieser mehrere Vermächtnisse cumulativ hinterlassen seyn sollen, c) wenn dem einem Vermächtnißnehmer ein anderer als Collegatar für denselben Gegenstand beigegeben wird, oder d) mehreren dasselbe Ganze zugedacht ist. Vgl. L. 33. 34. §. 3. D. de legat. I. L. 44. §. 1. D. de legat. II. L. 12. D. de probat. 22. 3. L. 9. D. h. t. 34. 4. Ueber die Frage, was im Zweifel anzunehmen sey? insbesondere: „wenn in zwei miteinander geltenden letztwilligen Verordnungen demselben erst eine kleinere, dann eine größere Summe vermacht ist, hat man das im Zweifel als Vermehrung des vorigen Vermächtnisses oder als eine Ertheilung eines neuen zu dem vorigen anzusehen?" Schrader im civ. Arch. XXXIII. 1. Seuffert Pand. (3. Aufl.) §. 607. not. 9a...12.

[2] So entscheidet L. 3. §. 7. D. h. t. (Ulp. lib. 24. ad Sab.). Si duobus Titiis separatim legaverit, et uni ademerit, nec appareat, cui ademtum sit, utrique legatum debebitur, quemadmodum et in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum: consequent und übereinstimmend mit L. 14. §. 1. eod. L. 2. D. de his quae pro non script. 34. 8. L. 73. §. 3. D. de R. J. L. 22. D. de probat. 22. 3. Widersprechend scheint L. 10. pr. D. de reb. dub. 34. 5. (Ulp. lib. 6. disput.). Si fuerit legatum relictum: *ex cognatis meis qui primus Capitolium ascenderit*, si simul venisse dicantur, nec apparet, quis prior venerit, an impedietur legatum? vel: *ei, qui monumentum fecerit*, et plures fecerint, vel: *ei, qui maximus natu est*, et duo pares aetate sunt; sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum et duo sint aequa caritate coniuncti. Sed et si duobus hominibus eiusdem nominis fuerit legatum, puta Semproniis, mox Sempronio ademtum sit, nec appareat, cui ademtum sit, utrum datio in utriusque persona infringitur, an ademtio nulla est, quaeri potest. Item si ex pluribus servis eiusdem nominis uni vel quibusdam libertas relicta est. Et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri, ademtionem (Hal. *ademptione*) autem in utrumque valere. Den Schluß dieser Stelle ändert Göschen in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. I. 6. in den Satz: *in ademtione autem utrumque valere*. Ueber andere ältere

[k] L. 34. pr. cit. L. 20. D. h. t. 34. 4. cf. L. 7. 8. eod.

und neuere Erklärungs- oder Emendationsversuche vgl. das. S. 102. ff. mit Arndts im Rtslex. VI. S. 299. fg. Dazu jetzt noch Huschke in Linde's Zeitschr. n. F. IV. S. 288. fg. Wer nach L. 10. pr. cit. annimmt, daß die Worte auf alle Vermächtnisse zu beziehen sey (z. B. Bang. §. 541. Sint. § 212. not. 16.), muß consequent dasselbe auch von einer zweifelhaften Translatio, insofern sie nach not. k. zugleich Ademtio ist, behaupten, und doch kann dieselbe als zweifelhafte Datio nicht wirksam seyn; also: wenn der Testator jedem seiner 6 Brüder ein Vermächtniß gab, später das Vermächtniß eines Bruders, weil gesinnt ihn zu nennen, auf seinen Freund X transferirt, so ist allen Brüdern das Vermächtniß genommen, und X geht ebenfalls leer aus!

2) Aus andern Gründen.

§. 552.

Ein Vermächtniß kann außerdem seine Gültigkeit verlieren 1) durch Verlust der Testamentifactio auf Seiten des Gebers [a]; 2) durch Wegfallen des Vermächtnißträgers, sofern nicht ein Anderer für ihn eintritt [b]; 3) durch den Tod des Vermächtnißnehmers vor dem Anfall des Vermächtnisses [c] oder dessen Unfähigkeit zur Zeit des Anfalls [d]; 4) durch Untergang des Gegenstandes [e], wofern nicht der Beschwerte dafür verantwortlich ist [f]; 5) durch concursus causarum lucrativarum [g]; 6) durch Ungültigkeit des Testaments, in oder neben welchem die Vermächtnisse hinterlassen sind, wenn auch der Grund der Ungültigkeit zunächst nur die Erbeinsetzung angeht [h] und nur nach prätorischem Rechte wirkt [i].

§. 553.

Die Regel, daß mit der Erbeinsetzung auch die Vermächtnisse fallen, erleidet jedoch bedeutende Ausnahmen: 1) vermöge der Codicillarclausel (§. 546.); 2) bei der Rescission des Testaments wegen Verletzung des Rechts der Notherben (§. 603.); 3) bei der Ungültigkeit der Erbeinsetzung wegen irriger Annahme des Todes eines Notherben oder früher eingesetzten Erben (§. 491. 1.), vorausgesetzt, daß nicht auch die Vermächtnisse nur auf jenem Irrthum beruhen; 4) wenn das Vermögen als erbloses an den Fiscus fällt (§. 608.);

[a] cf. §. 503. not. a. b. §. 542. not. a. [b] L. un. §. 9. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 29. pr. D. de legat. II. L. 29. D. de adim. leg. 34. 4. cf. §. 543. [c] L. 5. pr. D. quando dies leg. 36. 2. cf. §. 554. [d] L. 59. §. 4. D. de hered. instit. 28. 5. [e] §. 16...18. J. de legat. 2. 20. cf. L. 88. D. de legat. III. L. 22. D. de legat. I. L. 44. §. 2...4. L. 65. §. 2. eod. L. 39. D. de legat. II. L. 79. §. 2. D. de legat. III. [f] §. 16. J. cit. L. 22. §. 2. D. de legat. III. [g] §. 6. J. de legat. 2. 20. cf. §. 276. not. 1. [h] L. 2. §. 2. L. 16. D. de iure codicill. 29. 7. L. 1. §. 1. in f. D. de legat. III. L. 66. D. de R. J. cf. L. 81. D. de legat. II. L. 14. Cod. de fideicomm. 6. 42. [i] L. 1. §. 1. D. ut in poss. legat. 36. 4. L. 22. D. de minor. 4. 4.

insbesondere 5) auch dann [a], wenn der Wegfall der Erbeinsetzung von dem Eingesetzten selbst, in der böswilligen Absicht, die Vermächtnisse zu vereiteln [b], nicht aus einem andern Grunde [c], entweder durch Ablehnung der Erbschaft [d] oder auch wohl durch absichtliche Nichterfüllung einer Potestativbedingung [e] herbeigeführt worden ist. In diesem Falle werden die Vermächtnisse, nicht andere Verfügungen [f], nach dem prätorischen Edict aufrechterhalten; sie können gegen den Eingesetzten geltend gemacht werden, insofern dieser auf andere Weise, namentlich als Intestaterbe [g], nicht aus singulärem Rechtsgrunde [h], die Masse der Erbschaft oder einzelne Bestandtheile derselben besitzt [i] oder des Besitzes arglistig sich entäußert [k], oder wenn er für die Ablehnung einen Preis erhalten hat [l]; aber nöthigenfalls auch gegen den Dritten, welcher durch jene Arglist in den Besitz der Erbschaft gekommen ist [m]. Auch ein onerirter Vermächtnißnehmer, welcher arglistig die Ablehnung der Erbschaft bewirkt hat, kann gleicherweise in Anspruch genommen werden [n]. Wer selbst als Eingesetzter die Erbschaft ausgeschlagen, kann als Vermächtnißnehmer wegen Ablehnung anderer eingesetzter Erben jenes Recht in der Regel nicht geltend machen [o].

D. Erwerb der Vermächtnisse.

§. 554.

1) Zeitpunkt des Erwerbs [a].

Das Vermächtnißrecht entsteht für den Vermächtnißnehmer von selbst [b] in einem gewissen Zeitpunkt (dies legati vel fideicommissi cedit), welchen derselbe erleben und in welchem er fähig seyn muß, das Vermächtniß zu empfangen [c], wornach dieses denn auch auf seine Erben übergeht, sofern es nach der Natur seines Gegenstandes möglich ist [d], wenn gleich die Geltendmachung der

[a] Dig. si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem. 29. 4. Cod. si omissa sit causa testamenti. 6. 39. [b] L. 1. pr. §. 13. L. 4. pr. D. l. c. [c] L. 5. 6. pr. §. 1. 3. L. 26. §. 1. eod. L. 77. §. 31. D. de legat. II. L. 8. §. 9. D. de inoff. test. 5. 2. [d] L. 1. §. 1. 2. 6. 7. D. h. t. [e] L. 1. §. 8. eod. [f] L. 8. 9. 22. pr. eod. [g] L. 1. pr. §. 1...4. 9. L. 6. §. 7. eod. [h] L. 30. eod. [i] L. 13...16. eod. [k] L. 1. §. 10...13. L. 6. §. 5. 6. eod. [l] L. 2. pr. eod. L. 1. Cod. h. t. [m] L. 2. §. 1. L. 3. 4. pr. §. 1. D. eod. [n] L. 4. §. 2. eod. [o] L. 7. 10. §. 1. eod. cf. L. 22. §. 2. eod.

[a] Dig. quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat. 36. 2. Cod. quando dies legati vel fideicommissi cedit. 6. 53. [b] cf. L. 65. §. 1. D. de legat. I. [c] L. 59. §. 4. D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 5. §. 7. L. 14. §. 3. D. h. t. 36. 2. [d] L. 5. pr. eod. cf. L. 2. 3. eod.

Vermächtnißforderung (ubi dies legati venit) noch weiter hinausgerückt ist [e]. Jener Zeitpunkt ist der Regel nach der des Todes des Erblassers; dies legati cedit mortis tempore testatoris [f]: bei bedingten Vermächtnissen aber die Zeit der Erfüllung, wenn diese nicht schon vor dem Tode eingetreten [g]; ebenso bei Vermächtnissen mit einer Zeitbestimmung, die eine Bedingung in sich schließt [h], was im Zweifel [i] nicht nur bei einem sog. dies incertus an [k], sondern auch bei dem sog. dies incertus quando [l], insofern es ungewiß ist, ob der Vermächtnißnehmer ihn erlebe [m], anzunehmen ist; bei Vermächtnissen, die ihrem Gegenstande nach doch nicht auf die Erben übergehen können, der Zeitpunkt der Geltendmachung [n]. Dieser aber tritt nicht vor dem Erwerb der Erbschaft durch den Erben ein, und nicht vor Eintritt der beigefügten Zeitbestimmung [o].

§. 555.

2) Annahme und Ablehnung.

Der Vermächtnißnehmer erwirbt das Recht des Vermächtnisses zwar ohne Willen [a], aber nicht wider Willen; er selbst oder sein Erbe kann es ablehnen (repudiare legatum); durch die nach Eintritt des Zeitpunktes der Geltendmachung erklärte Ablehnung [b] wird das Vermächtniß völlig vereitelt [c], durch die einmal erklärte Annahme die Ablehnung ausgeschlossen. Von mehreren Vermächtnissen kann der Bedachte das eine annehmen, das andere ablehnen, sofern dies nicht dem Willen des Erblassers offensichtlich zuwider ist [d]; dasselbe Vermächtniß kann der Vermächtnißnehmer nicht zum Theil ablehnen, zum Theil annehmen [e], wohl aber, wenn er sich noch nicht erklärt hatte, jeder seiner Erben für seinen Antheil unabhängig von den Miterben annehmen oder ablehnen [f].

[a] L. 21. D. eod. cf. L. 213. D. de V. S. §. 73. Anm. 2. [f] L. 5. §. 1. L. 7. I eod. L. 6. Cod. eod. L. un. §. 1. 5. Cod. de cad. toll. 6. 51. [g] L. 5. §. 2...5. L. §. 5. L. 22. §. 1. D. eod. L. 41. 69. 107. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 65. §. 1. D de legat. I. [h] L. 21. pr. D. h. t. [i] L. 26. §. 1. eod. L. 5. Cod. h. t. L. 16 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [k] L. 21. pr. 22. pr. D. h. t. L. 36. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 49. §. 1...3. D. de legat. I. cf. L. 3. Cod. h. t. [l] L. 4. pr. 13. D. h. t. L. 1. §. 2. L. 79. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 12. §. 1. D. de legat. I. L. 11 §. 6. L. 41. §. 13. D. de legat. III. [m] L. 4. §. 1. D. h. t. L. 79. pr. D. de cond. et dem. 35. cf. §. 73. not. d... h. [n] L. 2. 3. 5. §. 1. D. h. t. cf. Dig. quando dies ususfructus legati cedat. 7. 3. [o] L. 7. pr. L. 21. D. h. t.

[a] L. 77. §. 3. D. de legat. II. L. 5. Cod. h. t. 6. 53. [b] L. 45. §. 1. D. de legat. II. [c] L. 38. §. 1. L. 44. §. 1. L. 86. §. 2. D. de legat. I. [d] L. 5. D. de legat. II. [e] L. 4. 6. 23. D. eod. cf. L. 58. eod. [f] L. 38. pr. D. de legat. I.

§. 556.

3) Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen.

Erwirbt ein Vermächtnißnehmer das Vermächtniß nicht, so gereicht dies in der Regel, wenn nicht ein Substitut an seine Stelle tritt (§. 549.), dem Vermächtnißträger zum Vortheil, der dadurch von der Last befreit wird. Sind aber Mehrere zu Einem Vermächtniß verbunden (collegatarii), so beschränken sie einander nur, sofern sie alle dasselbe wirklich erwerben [a]; das Wegfallen eines derselben befreit die übrigen von seiner Theilnahme; ihr Recht erstreckt sich nun auch auf dessen Antheil [b]. Sind sie nur durch die Identität des ihnen vermachten Gegenstandes verbunden (re coniuncti), so tritt diese Mehrung ihres Rechts durch Wegfall eines Theilnehmers von selbst ein, und die diesem auferlegten Lasten treffen sie nicht. Sind sie aber in derselben Verfügung mit demselben Vermächtniß gemeinschaftlich bedacht (re et verbis coniuncti), so steht es ihnen frei, den freigewordenen Theil entweder abzulehnen oder mit seinen Lasten zu übernehmen, und zwar dieses mit Ausschließung anderer Collegatare der ersten Art [c]. Unter solchen, die, bloß im Ausdruck verbunden, mit verschiedenen Vermächtnissen, wenn diese auch Theile derselben Sache zum Gegenstande haben, bedacht sind (verbis coniuncti), gibt es kein Anwachsungsrecht [d], ausgenommen sofern sie in dem ihnen bestimmten Theil durch Beifügung eines gemeinschaftlichen Collegatars (re coniunctus) verkürzt sind, in welchem Fall aber auch von denjenigen, denen in getrennten Verfügungen Theile derselben Sache vermacht sind, dasselbe gilt [e]. Der unzweifelhafte Wille des Erblassers ist übrigens in jedem Falle vor allem entscheidend [f].

Anm. [1] Vgl. die Litt. in §. 518. Anm. 1. und dazu Schneider, das altcivile und Justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der lex Jul. et Pap. Popp. Berlin 1837. (rec. von Huschke in den krit. Jahrb. II. S. 307. fg.).

[2] Durch die lex Papia Poppaea war bei Vermächtnissen wie bei testamentarischer Erbfolge das alte Accrescenzrecht, ausgenommen für Descendenten und Ascendenten, ausgeschlossen, dagegen eine caducorum vindicatio zu Gunsten der heredes und legatarii patres, dann des Aerars eingeführt. Ulp. XVII.

[a] L. 80. D. de legat. III. cf. L. 1. §. 3. L. 3. pr. D. de usufr. accresc. 7. 2. L. 34. §. 10. D. de legat. I. [b] §. 8. J. de legat. 2. 20. cf. L. 85. D. de legat. I. [c] L. un. §. 11. Cod. de cad. toll. 6. 51. cf. L. 89. D. de legat. III. [d] L. 1. pr. L. 11. D. de usufr. accresc. 7. 2. L. 85. §. 12. D. de legat. I. cf. L. 66. D. de hered. instit. 28. 5. L. 142. D. de V. S. [e] L. 41 pr. D. de legat. II. [f] L. un. §. 11. cit.

2. XVIII. XXIV. 12. 13. Gai. II. 206...208. 286. Justinian hat diese beseitigt und das Anwachsungsrecht wieder hergestellt, wie durch die a. 534 erlassene L. un. Cod. de caducis tollendis. 6. 51. näher bestimmt worden, aber nach der const. *Dedit* §. 6. schon bei Abfassung der Digesten bestätigt war.

[3] Ueber die Bedeutung der Coniunctio bei Vermächtnissen vgl. a) L. 80. D. de legat. III. Coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. cf. L. 1. pr. §. 3. D. de usufr. accresc. 7. 2. b) §. 8. J. h. t. Si eadem res duobus legata sit, sive coniunctim sive disiunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si vero alter deficiat . . . totum ad collegatarium pertinet. Coniunctim autem legatur, veluti si quis dicat: *Titio et Seio hominem Stichum do lego;* disiunctim ita: *Titio hominem Stichum do lego, Seio Stichum do lego;* sed et si expresserit: *eundem hominem Stichum*, aeque disiunctim legatum intelligitur. cf. L. 36. §. 2. D. de legat. I. c) L. 89. D. de legat. III. (Pau. ad leg. Jul. et Pap. Popp.) Re coniuncti videntur, non etiam verbis, quum duobus separatim eadem res legatur; item verbis, non etiam re: *Titio et Seio fundum aequis partibus do lego.* Praefertur igitur omnimodo ceteris, qui et re et verbis coniunctus est; quodsi re tantum coiunctus est, constat non esse potiorem; si vero verbis quidem coniunctus sit, re autem non, quaestionis est, an coniunctus potior sit? et magis est, ut et ipse praeferatur.

[4] Nach älterem Rechte war in dieser Lehre sehr einflußreich der Unterschied zwischen dem legatum per vindicationem und per damnationem, welchem letzten das Fideicommiß gleich stand, Gai. II. 199. 205. 223. Ulp. XXIV. 12. 13., wovon auch noch Spuren in den Digesten: vgl. not. a. b. mit L. 16. pr. L. 34. §. 9. L. 84. §. 8. D. de legat. I. L. 7. D. de legat. II. L. 38. §. 2. D. de legat. III. L. 15. §. 1. L. 16. §. 2. D. de legat. I. Aber so gegen L. un. §. 11. cit. (not. c.): Ubi autem legatarii vel fideicommissarii duo forte vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit, si quidem hoc coniunctim relinquatur, et omnes veniant ad legatum et pro sua portione quisque hoc habeat. Si vero pars quaedam ex his deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere accrescere, vel si omnes noluerint, tunc apud eos remanere, a quibus derelictum est; cum autem quidam voluerint, quidam noluerint, volentibus solummodo id totum accedere. Sin autem disiunctim fuerit relictum, si quidem omnes hoc accipere et potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat . . . nisi testator apertissime et expressim disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem aestimatio singulis in solidum praestetur. Sin vero non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in eius acquisitionem concurrant, sed unus forte eam accipiat, haec solida eius sit; quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur, aliis supervenientibus partes a priore abstrahentibus, ut ex aliorum quidem

concursu prioris legatum minuatur; si vero nemo alius veniat, tunc non vacuatur pars, quae deficit, nec alii accrescit, sed apud ipsum, qui habet, solida remaneat, nullius concursu deminuta. Et ideo si onus fuerit in persona eius, apud quem remanet legatum, adscriptum, hoc omnimodo impleat..., sin autem ad deficientis personam onus fuerit collatum, hoc non sentiat is, qui non alienum sed suum tantum legatum imminutum habet. Diese Bestimmung ist nun überall anwendbar, sowohl wenn das Vermächtniß zunächst nur eine Forderung, als wenn es unmittelbar Eigenthum gibt, sowohl wenn es eine Geldsumme oder Quantität, als wenn es andere Sachen zum Gegenstande hat. Vgl. Seuffert's Arch. III. 83.

[5] Daß bloße verbis coniuncti kein Accrescenzrecht haben, ist unzweifelhaft bei völliger Verschiedenheit des Gegenstandes; es muß jedenfalls idem aliquid seyn, was Mehreren hinterlassen ist. L. 84. §. 12. D. de legat. I. Manche (z. B. Mühlenbruch §. 790. not. 5. Rudorff in d. Ztschr. VI. S. 426.) sind aber anderer Meinung für den Fall, wenn bestimmte Theile desselben Ganzen in demselben Satze Mehreren hinterlassen sind, welche nämlich vorzugsweise unter verbis coniuncti verstanden werden, und zwar theils wegen L. un. §. 11. cit. „die in der That nichts von einem Accrescenzrecht der bloßen verbis coniuncti enthält," theils wegen L. 89. D. de legat. III. (Anm. 3.), „die ihrem wahren Sinn nach gar nicht von dem Accrescenzrecht, sondern von der Vindication des Caducum handelt, und die im justinianischen Recht nur allenfalls den Sinn haben kann, daß sie im Fall der Note e. dem verbis coniunctus einen Vorzug, bis er das ihm ursprünglich Bestimmte hat, einräumt." Puchta §. 542. Bang. §. 547. Genau besehen behaupten jene, ein solcher verbis coniunctus sey eigentlich re et verbis coniunctus, und so viel muß allerdings zugegeben werden, daß ungeachtet der Theilbestimmung doch wohl eine Gemeinschaft des Vermächtnisses beabsichtigt und somit auch das ius accrescendi statthaft seyn könne. arg. L. 15. §. 1. L. 16. §. 2. D. de legat. I. Seuffert §. 621. not. 5. b. Seuffert's Arch. II. 211.

[6] Eine Ausschließung des Accrescenzrechts wie der Theilung des Vermächtnisses durch die Concurrenz wird insbesondere auch dann angenommen, wenn Mehreren dieselbe Sache zur Last verschiedener Vermächtnißträger vermacht ist. L. 11. 12. D. de usufr. accresc. 7. 2.

§. 557.

4) Aufhebung des Erwerbs.

Der Erwerb eines Vermächtnisses kann wie der der Erbschaft rückgängig gemacht werden durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Erwerb, deren es aber nur bedarf, wenn durch die Annahme des Vermächtnisses Lasten übernommen sind, die dem Vermächtnißnehmer zum Nachtheil gereichen.

Ohne Willen desselben kann der Erwerb rückgängig werden: 1) durch Eintritt einer Resolutivbedingung, 2) durch später eintretende Unwirksamkeit der Erbeinsetzung, von der das Vermächtniß

abhängt (§. 519. 520. 552.), 3) durch Entreißung desselben wegen Unwürdigkeit des Vermächtnißnehmers, die aber auch hier, wie bei der Erbschaft, ungeachtet erklärter Ablehnung des Unwürdigen stattfindet.

Anm. Die Gründe der Entreißung wegen Unwürdigkeit sind für Vermächtnisse größtentheils dieselben, wie für Erbschaften. Von den in §. 520. genannten Fällen gehören auch hieher die unter 1. a...h. und 2. a...d. Dazu kommen folgende besondere Fälle für Vermächtnisse, in welchen diese wegen Unwürdigkeit des Vermächtnißnehmers zum Vortheil des Vermächtnißträgers entzogen werden: 1) wenn der Vermächtnißnehmer das Testament verheimlicht hat, L. 2. Cod. de legat. 6. 37. 2) wenn derselbe etwas aus der Erbschaft entwandt hat, in welchem Fall er soviel, als dessen Werth beträgt, am Vermächtniß einbüßt, L. 5. Cod. eod. cf. L. 48. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. 3) wenn er nach Errichtung des Vermächtnisses den Erblasser beschimpft hat, und nicht etwa hiebei wegen stillschweigender Willensänderung dasselbe als unwirksam anzusehen ist, L. 1. 9. §. 1. D. de his quae ut indign. 34. 9. L. 31. §. 2. D. de adim. legat. 34. 4.

E. Das Recht des erworbenen Vermächtnisses.

1) Die Vermächtnißforderung.

§. 558.

Das Vermächtniß erzeugt eine Forderung des Vermächtnißnehmers gegen den Vermächtnißträger, quasi ex contractu[a], mit einer persönlichen Klage[b], personalis actio ex testamento oder actio legati. Die Klage geht auf vollständige und wirksame Gewährung desjenigen, was der Erblasser dem Kläger durch das Vermächtniß zuwenden wollte[c], worin auch Früchte begriffen sein können[d]; auf den Schätzwerth, wenn die eigentliche Leistung, obwohl an sich nicht unmöglich, doch dem Verpflichteten ohne sein Verschulden nur mit unbilliger Beschwerung oder gar nicht zu beschaffen möglich ist[e]; auf Ersatz, sofern durch dessen Verschulden (dolus oder culpa, und zwar in der Regel levis culpa, unter Umständen nur lata culpa oder Mangel der diligentia quam suis rebus) die Leistung vereitelt ist[f], desgleichen im Fall der

[a] §. 5. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. cf. §. 525. [b] L. 1. Cod. commun. de legat. et fideicomm. 6. 43. §. 2 J. de legat. 2. 20. [c] L. 11. §. 25. D. de legat. I. cf. L. 44. §. 9. L. 116. §. 4. D. de legat. I. L. 39. pr. eod. [d] L. 3. §. 3. D. de usur. 22. 1. L. 39. §. 1. D. de legat. I. L. 43. §. 2. D. de legat. II. L. 21. §. 1. D. de ann. leg. 33. 1. [e] L. 11. §. 17. L. 14. §. 2. D. de legat. III. L. 71. §. 3. D. de legat. I. [f] L. 47. §. 4. 5. D. de legat. I. L. 26. §. 1. cod. cf. L. 108. §. 12. L. 22. §. 3. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. §. 250. Anm. 1.

Verzuges [g], wornach insbesondere auch für entgangene Früchte und Zinsen Ersatz zu leisten ist [h]. Bei Vermächtnissen zu mildem Zweck tritt selbst ohne Mahnung die Verbindlichkeit zum Ersatz der Früchte und Zinsen von der Todeszeit an ein, wenn sie nicht in 6 Monaten nach der Bekanntmachung des letzten Willens entrichtet sind [i], und muß das Doppelte gezahlt werden, wenn der Verpflichtete es zur Klage kommen läßt [k].

Die Vermächtnißklage findet nicht statt, bevor dies legati venit [l]. Ist jedoch das Vermächtniß an eine negative Potestativbedingung geknüpft, deren Erfüllung erst durch den Tod des Vermächtnißnehmers entschieden werden kann [m] oder vor diesem nur durch den schicklich nicht vorauszusetzenden Tod einer naheverbundenen andern Person [n], so kann der Vermächtnißnehmer die Entrichtung des Vermächtnisses, gleichwie eines unbedingten, fordern, falls er Sicherheit (muciana cautio) dafür leistet, daß im Fall der Nichterfüllung der Bedingung das Empfangene nebst den Früchten werde zurückerstattet werden [o].

§. 559.

Die Vermächtnißforderung ist gesichert durch ein gesetzliches Pfandrecht an denjenigen Gütern, welche der Verpflichtete vom Erblasser erhalten hat [a]. Außerdem kann der Vermächtnißnehmer, wenn die Entrichtung des Vermächtnisses wegen einer Nebenbestimmung oder anderer Hinderungen Aufschub erleidet, Caution fordern [b], und, wenn diese nicht gewährt wird, Einweisung in den Besitz aller aus der Erbschaft herrührenden Güter des Verpflichteten [c], nach Umständen auch der arglistig veräußerten [d], erlangen, ausgenommen, wenn der Erblasser die Caution erlassen [e], oder der

[g] L. 39. §. 1. L. 47. §. 6. D. de legat. I. L. 3. Cod. de usur. et fruct. 6. 47. [h] L. 78. §. 2. L. 84. D. de legat. II. L. 26. D. de legat. III. L. 3. pr. D. de usur. 22. 1. L. 1. 2. 4. Cod. de usuris et fructibus legatorum seu fideicommissorum. 6. 47. cf. L. 23. D. de legat. I. Gai. II. 280. [i] Nov. 131. cap. 12. cf. L. 46. §. 4. Cod. de episcop. 1. 3. [k] §. 19. 23. 26. J. de act. 4. 6. §. 1. J. de poena tem. lit. 4. 16. cf. L. 46. §. 7. Cod. l. c. §. 252. Anm. 1. b. [l] cf. §. 554. not. n. [m] L. 72. §. 2. L. 73. 101. §. 3. L. 106. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 7. pr. L. 67. eod. [n] L. 72. pr. §. 1. eod. [o] L. 18. D. eod. cf. §. 495. not. k.

[a] L. 2. Cod. comm. de legat. 6. 43. cf. §. 373. Anm. 3. e. [b] Dig. ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. 36. 3. [c] Dig. ut in possessionem legatorum seu fideicommissorum servandorum causa esse liceat. 36. 4. Cod. ut in possessionem legatorum seu fideicommissorum servandorum causa mittatur et quando satisdari debeat. 6. 54. [d] L. 5. §. 5. L. 8. 15. D. l. c. L. 6. Cod. l. c. [e] L. 2. 7. Cod. l. c. L. 12. D. h. t. 36. 3.

Vermächtnißnehmer ausdrücklich [f] oder stillschweigend durch Anstellung der Klage [g] darauf verzichtet hat, oder derselbe ohnehin sicher gestellt ist [h], und wenn der Verpflichtete aus persönlichen Gründen von der Cautionsleistung gesetzlich befreit ist [i]. Wenn sodann der Verpflichtete, nachdem er bei dem zuständigen Richter belangt worden, noch sechs Monate die Entrichtung des Vermächtnisses verzögert, so soll dem Vermächtnißnehmer die Besitzeinweisung selbst in andere Güter desselben gewährt werden (sog. missio in possessionem Antoniniana), mit dem Recht, sich aus deren Früchten Bezahlung zu verschaffen [k].

Anm. Was die erwähnten missiones in bona betrifft, so sind Einige trotzdem daß im J. 533. 534. noch drei ausführliche Titel darüber in Pandecten und Codex aufgenommen worden, der Meinung, sie seyen von Justinian schon im J. 529. durch L. 1. Cod. comm. de legat. (cf. L. 3. §. 2. eod.) aufgehoben. Löhr im Mag. III. S. 195 ff. im civ. Arch. V. S. 208. Sint. § 35. not. 38. §. 211. not. 11. Vgl. dagegen Marezoll in Linde's Zschr. II. S. 125. fg. 305. fg. Arndts im Rtslex. VI. S. 307. fg. Bachofen Pfandr. I. S. 301...326. Mit mehr Recht wird die heutige Anwendung bestritten von Sint. a. a. O. Seuffert §. 617. not. 2., vgl. oben §. 372. Anm. 1.

§. 560.

2) Dinglicher Rechtserwerb durch Vermächtniß.

Durch Vermächtniß kann dem Vermächtnißnehmer auch unmittelbar Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht erworben werden, so daß er dasselbe sofort durch dingliche Klage gegen jeden kann geltend machen [a]. Dies setzt aber voraus, nicht nur, daß der Erblasser jenes gewähren wollte, sondern auch, daß das Eigenthum der Sache, an welcher dasselbe gewährt werden soll, oder auch das fragliche Recht selbst, falls es nämlich ein vererbliches ist, in dem erbschaftlichen Vermögen enthalten sey [b]. Der Erwerb des dinglichen Rechts tritt ipso iure ein [2], wenn dies legati cedit et venit [b], alsdann aber als unmittelbar vom Erblasser abgeleitet

[f] L. 46. D. de pact. 2. 14. [g] L. 1. §. 9. 10. D. h. t. 36. 3. [h] L. 1. §. 2. D. h. t. 36. 4. cf. L. 1. §. 11. D. 36. 3. [i] Cf. α) L. 1. §. 18. D. h. t. 36. 3. β) L. 6. §. 1. eod. §. 93. Anm. 2. γ) L. 7. eod. L. 50. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. §. 434. Anm. δ) L. 6. pr. §. 1. Cod. ad Sc. Trebell. 6. 49. nov. 22. cap. 41. §. 447. not. g. [k] L. 3. §. 16...25. D. h. t. 36. 4. L. 4. Cod. h. t. 6. 54.

[a] L. 1. Cod. comm. de legat. 6. 43. [b] L. 69. pr. D. de legat. I. L. 26. D. de usu leg. 33. 2. cf. L. 38. D. de legat. II. L. 7. §. 5. D. de dolo. 4. 3. L. 13. §. 3. D. ad leg. Aquil. 9. 2.

Erwerb [c], daher auch ungeachtet der vom Vermächtnißträger inzwischen vorgenommenen Veräußerung [d], so zwar [e], daß in Folge derselben die Vindication des Vermächtnißnehmers auch nicht durch ordentliche Ersitzung ausgeschlossen seyn soll [3].

Anm. [1] Nach älterem Recht gab nur das legatum per vindicationem ein dingliches Recht und eine dingliche Klage, das legatum per damnationem nur eine personalis actio, das Fideicommiß eine extraordinaria persecutio, wobei aber zudem noch eine missio in rem dem Vermächtnißnehmer zu Hülfe kam. Justinian hat diese aufgehoben und jene Unterschiede beseitigend in jedem Fall personalis actio und in rem actio, wo die materiellen Voraussetzungen directer Gewährung eines dinglichen Rechts durch den Erblasser vorhanden sind, gewährt. L. 1. Cod. comm. de legat. vgl. §. 541. Anm. 2. Mayer a. a. O. §. 7...9. Mit Unrecht aber behauptet man, daß dieses auch dann der Fall sey, wenn das Vermächtniß eine Sache des Erben oder sonstigen Vermächtnißträgers zum Gegenstande hat. Vgl. Arndts a. a. O. S. 311. fg. Seuffert §. 418. not. 4a. Mayer a. a. O. S. 25.

[2] Unter den ältern Juristen bestand bezüglich des legatum per vindicationem ein Schulstreit darüber, ob der Legatar das Eigenthum der vermachten Sachen ipso iure erwerbe, wie die Sabinianer behaupteten, oder erst durch die erklärte Annahme? sodann darüber, ob beim bedingten Legat nach Antretung der Erbschaft die Sache einstweilen als dem Erben oder, wie die Proculianer annahmen, als keinem gehörig zu betrachten sey? In beiden Punkten ist die Ansicht der Sabinianer recipirt worden. Gai. II. 194. 195. 200. vgl. not. b. c. L. 66. D. de rei vind. 6. 1. L. 12. §. 2. D. fam. erc. 10. 2. L. 1. §. 4. D. ad. Sc. Silan. 29. 5. Arndts a. a. O. S. 324. fg.

[3] Mayer a. a. O. §. 9. E. A. Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalfideicommissen nach R. R. München 1854. vgl. krit. Ueberschau II. S. 169.

F. Rechte des Vermächtnißträgers, insbesondere nach der lex Falcidia.

§. 561.

Der Vermächtnißnehmer soll sich nicht eigenmächtig in den Besitz des vermachten Gegenstandes setzen. Hat er als solcher eine Sache der Erbschaft in Besitz genommen, ehe der Erbe Besitzer geworden, und ohne dessen Erlaubniß, so hat dieser das interdictum quod legatorum auf Herausgabe der Sache oder Ersatz des Interesse [a]. Der mit dem Vermächtniß Beschwerte kann auch Anspruch

[c] L. 80. D. de legat. II. L. 64. D. de furt. 47. 2. cf. L. 38. §. 1. D. de legat. I. L. 86. §. 2. eod. §. 555. [d] L. 69. §. 1. L. 81. pr. D. de legat. I. L. 105. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. §. 128. not. b. [e] L. 3. §. 2. 3. Cod. comm. de legat. 6. 43. cf. §. 162. Anm. 4. b.

[a] Dig. quod legatorum. 43. 3. Cod. quorum legatorum. 8. 3.

machen auf Restitution desjenigen, was auf seine Kosten den Vermächtnißnehmer mehr zukommt, als ihm durch das Vermächtniß bestimmt war [b], und so auch auf Ersatz von Verwendungen, indem der Vermächtnißnehmer überhaupt, so weit ihm der Vortheil der Sache zukommt, auch deren Lasten zu tragen hat [c]. Ein vorzüglich wichtiges Recht des beschwerten Erben aber ist dieses, daß er wegen übermäßiger Beschwerung der Erbschaft nach der lex Falcidia den Vermächtnissen einen Abzug machen darf.

§. 562.

1) Das Recht der quarta Falcidia.

Nach der lex Falcidia [a] und dem sie erweiternden spätern Recht [b] soll die Hinterlassung von Vermächtnissen und andern ihnen gleichgestellten letztwilligen Zuwendungen regelmäßig nur mit der Beschränkung gültig seyn, daß den Erben mindestens ein Viertheil des erbschaftlichen Vermögens ohne Belastung übrig bleibe. Demnach ist der in höherem Maße beschwerte Erbe berechtigt, von jedem Vermächtniß nach Verhältniß so viel in Abzug zu bringen, als nöthig ist, um jenes Viertheil (quarta Falcidia) zu erhalten. Er kann dieses Recht durch Einrede [c] oder Klage [d] geltend machen, und zwar nach Verschiedenheit der Umstände, durch rei vindicatio [e], indebiti condictio [f], in factum actio [g], de dolo actio [h], und mittelbar durch das interdictum quod legatorum [i]; auch kann er bei Entrichtung des Vermächtnisses, wenn die Ueberschwerung zweifelhaft ist, sich Caution leisten lassen, und dann später aus dieser klagen [k]. Aber nur in Ansehung der dem Erben, dem gesetzlichen oder Testamentserben, auferlegten Vermächtnisse findet dieses Recht des Abzugs statt [l], nicht auch in Ansehung derjenigen, welche einem Vermächtnißnehmer auferlegt sind [m]; doch erleiden durch den Abzug

[b] L. 70. §. 1. L. 116. §. 4. D. de legat. I. [c] L. 58...61. D. de legat. I. [a] Inst. de lege Falcidia. 2. 22. Dig. ad legem Falcidiam. 35. 2. Cod. 6. 50. cf. Gai. II. 224. 227. Pauli sentt. III. 8.

[d] L. 1. pr. D. h. t. 35. 2. pr. J. h. t. 2. 22. [b] Cf. α) Gai. II. 254. §. 5. J. de fideicomm. hered. 2. 23. L. 2. 3. Cod. h. t. 6. 50. β) L. 18. pr. D. h. t. L. 5. Cod. ad Sc. Trebell. 6. 49. γ) L. 5. 12. 18. Cod. h. t. L. 2. Cod. de m. c. donat. 5. 4. L. 77. §. 1. D. de legat. II. L. 32. §. 1. D. de don. int. v. et u. 24. 1. [e] L. 16. §. 1. L. 80. §. 1. D. h. t. [d] L. 1. §. 11. eod. [e] L. 26. pr. eod. [f] L. 5. Cod. h. t. cf. §. 341. not. r. [g] L. 77. §. 2. D. de legat. II. [h] L. 23. D. de dolo. 4. 3. [i] cf. §. 561. not. a. [k] L. 1. §. 12. L. 31. D. h. t. L. 1. et 8. D. si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur. 35. 3. [l] L. 1. §. 2. L. 18. pr. D. h. t. 35. 2. [m] L. 47. §. 1 D. h. t. L. 22. §. 5. L. 32. §. 2. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

der jenen trifft, auch diese eine verhältnißmäßige Minderung[n], wenn nicht der Wille des Erblassers dagegen ist[o].

Anm. Ueber die lex Falcidia, ein Plebiscit a. u. 714., berichtet in L. 1. pr. D. h. t. Paulus lib. sing. ad leg. Falc.: Lex Falcidia lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem his verbis: *Qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit.* Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: *Quicunque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantum cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant. Eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto, isque heres, qui eam pecuniam dare iussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est.* Das erste Capitel bezog sich auf ältere die Legate beschränkende Gesetze, lex Furia und Voconia, die hier abrogirt werden. Gai. II. 225. 226. Die Bestimmung des zweiten Capitels wurde dann α) auf Fideicommisse ausgedehnt durch das Sc. Pegasianum, β) auf Fideicommisse ab intestato insbesondere durch eine Constitution von Divus Pius, und γ) durch Interpretation auch auf andere mortis causa capiones. Vgl. not. b. α...γ.

§. 563.

2) Berechnung der Quarta.

Um zu bestimmen, ob und in welchem Maße das dem Erben gebührende Viertheil geschmälert sey, ist erforderlich 1) den wahren Vermögensbetrag der Erbschaft zur Todeszeit des Erblassers zu ermitteln[a], also den dermaligen Gesammtgeldwerth der Rechte (Activa) zu berechnen[b], und davon die Schulden (Passiva) abzurechnen[c], gleich den eigentlichen Erbschaftschulden aber auch die Kosten der Bestattung des Erblassers[d] und der Uebernahme und Klarstellung des erbschaftlichen Vermögens[e], sodann den an andere Personen zu entrichtenden Pflichttheil[f] und auch den eigenen Pflichttheil des beschwerten Erben selbst[g] vorab in Abzug zu bringen; 2) ebenso auch

[a] L. 32. §. 4. D. h. t. cf. L. 1. §. 19. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [o] L. 32. §. 4. cit. L. 25. §. 1. D. h. t. L. 21. §. 1. D. de ann. leg. 33. 1. L. 77. §. 1. in f. D. de legat. II.

[a] §. 2. J. h. t. 2. 22. L. 73. pr. D. h. t. 35. 2. cf. L. 9. eod. L. 30. pr. 56. pr. eod. [b] L. 42. 62. §. 1. L. 63. pr. eod. cf. α) L. 73. §. 1. 4. β) L. 56. pr. §. 1. L. 63. §. 1. γ) L. 1. §. 18. L. 82. δ) L. 1. §. 17. L. 21. pr. 56. §. 2. ε) L. 62. pr. eod. [c] §. 3. J. h. t. L. 39. D. eod. cf. L. 54. 81. §. 1. 2. eod. L. 6. pr. Cod. h. t. [d] §. 3. J. cit. L. 1. §. 19. L. 2. D. h. t. [e] L. 72. eod. L. 22. §. 9. Cod. de iure delib. 6. 30. [f] L. 36. §. 1. Cod. de inoff. test. 3. 28. [g] cap. 16. 18. X. de testam. 3. 26.

den Gesammtbetrag der Vermächtnisse und der ihnen gleichzustellenden Zuwendungen, soweit sie das dem Erben Zukommende mindern[h], gleichfalls mit Rücksicht auf die Todeszeit des Erblassers[i], festzustellen[k]. Sofern dann diese Summe drei Viertheile der ersten überschreitet, so werden alle Vermächtnisse nach Verhältniß um so viel gekürzt, daß ein Viertheil jener ersten Summe frei bleibt[l]. Zu dieses Viertheil aber wird dem Erben alles, was er als Erbe bekommt oder behält[l], eingerechnet[2], also namentlich auch der Betrag ungültiger oder wegfallender Vermächtnisse[m], und so auch der auf seinen eigenen Erbtheil fallende Theil eines Prälegats[n], nicht auch was er als Vermächtniß[o] oder zur Erfüllung einer Bedingung außer seinem Erbtheil von andern bekommt[p] oder nur erst durch ein vertheilhaftes Geschäft in Ansehung der Erbschaft, nicht aus derselben, gewinnt[q], wohl aber noch das, was ihm der Erblasser bei Letzten mit dieser Bestimmung zugewendet hat[r], sowie er auch dasjenige, was ihm erst im letzten Willen absichtlich anstatt des falcidischen Viertheils irgendwie zugewendet ist, nicht noch außer diesem behalten soll[s].

Anm. [1] Die Berechnung des Betrags der Erbschaft wie der Vermächtnisse auf die Todeszeit kann schwierig seyn, wenn eine Forderung oder Schuld der Erbschaft oder ein Vermächtniß erst später fällig oder bedingt oder aus andern Gründen, z. B. wegen Beziehung auf die Lebensdauer einer Person, rücksichtlich des Betrages ungewiß ist. Hier wird nach not. b. c. i. theils durch Anwendung des commodum temporis theils durch Anwendung von Wahrscheinlichkeitsrechnung und Cautionen geholfen. Vgl. Arndts im Rtslex. VI. S. 313...316 331. 32.

[2] Die Regel ist näher bestimmt in L. 91. D. h. t., die aber zugleich gewisse Besonderheiten beim Universalfideicommiß andeutet. In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae conditionis causa accipit; nam haec in quartam non computantur. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est, in quartam id ei imputatur; pro ea vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam, id est, quod a coherede accipitur.

[h] L. 1. §. 10. L. 19. L. 87. pr. D. h. t. L. 50. 51. eod. L. 64. eod. L. 15. Cod. h. t. [i] L. 30. §. 4. eod. L. 15. §. 8. eod. cf. α) L. 45. pr. 66. pr. 73. §. 4. L. 88. §. 1. eod. β) L. 45. §. 1. L. 73. §. 2. L. 1. §. 12. eod. γ) L. 3. §. 2. L. 47. pr. 68. pr. eod. §. 220. Anm. 4. [k] L. 73. §. 5. D. eod. [l] L. 74. 91. D. h. t. cf. L. 15. §. 6. L. 24. §. 1. eod. [m] L. 11. pr. L. 50. 51. 76. §. 1. eod. [n] L. 91. cit. [o] L. 91. cit. L. 15. §. 7. eod. cf. L. 75. eod. L. 22. pr. eod. [p] L. 40. §. 1. L. 76. pr. 91. eod. [q] L. 3. pr. §. 1. eod. [r] L. 56. §. 5. eod. [s] L. 75. 90. eod.

Sed et si accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id quod accipit in quartam ei imputatur, ut D. Pius constituit. Sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum sciendum est; si quid vero implendae conditionis causa heres accipiat a legatariis, in Falcidiae computationem non prodesse, et ideo, si centum praedium legaverit defunctus, si quinquaginta heredi legatarius dederit, centum legatis computationem fieri et quinquaginta extra hereditatem haberi, ne in quartam imputentur. Vgl. Buchholtz v. Prälegaten S. 436. fg. Neuner, die institutio ex re certa S. 93...116. Bang. §. 536. (6. Aufl. S. 561...577.) und unten §. 584. — Eine Modification der Regel bezüglich der Vermächtniſſe enthalten a) L. 22. pr. D. h. t. Nesennius Apollinaris Julio Paulo: Ex facto, domine, species eiusmodi incidit: Titia filias suas tres numero aequis ex partibus scripsit heredes, et a singulis legata invicem dedit, ab una tamen ita legavit tam coheredibus eius quam extraneis, ut Falcidiae sit locus. Quaero, an adversus coheredes suas, a quibus legata et ipsa accepit, uti possit Falcidia, et, si non possit vel doli exceptione summovenda sit, quemadmodum adversus extraneos computatio Falcidiae iniri possit? Respondi: id quidem, quod a coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatariis proficere, quominus Falcidiam patiantur; sed quum is, qui legatum praestiturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus desiderans uti adversus eum Falcidiae beneficio, si id, quod percepturus est ex voluntate testatoris, suppleat quod deducere desiderat. Plane ceteris legatariis non universum, quod coheredi praestat, imputabit, sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet. Vgl. Buchholtz zur Lehre von den Wechſellegaten in Sell's Jahrb. III. 7., von Prälegaten S. 107. 458. fg. b) L. 75. D. h. t. Sed si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fideicommissa praestet, deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet.

3) Abzug der Quarta von verſchiedenen Erbtheilen [1].

§. 564.

Jeder von mehreren Erben hat ſelbſtändig für ſich Anſpruch auf die Quarta ſeines Erbtheils, ohne Rückſicht darauf, ob und in welchem Maße auch ſeine Miterben überſchwert ſind [a]. Wer zu ſeinem Erbtheil auch den ſeinem Miterben erworbenen hinzubekommt, z. B. als Erbe desſelben, hat nun jenes Recht für beide Erbtheile, für jeden beſonders [b]. Wenn aber 1) ein Erbe vermöge des Anwachſungsrechts mehrere Erbtheile bekommt, ſo wird zwar für jeden derſelben die Quarta beſonders berechnet, aber was jener durch den anwachſenden Erbtheil mehr als deſſen Viertheil gewinnt, muß er

[a] §. 1. J. h. t. L. 77. D. h. t. [b] L. 1. §. 15. eod.

sich in die Quarta seines ursprünglichen Erbtheils einrechnen lassen[c]. Eben so muß 2) der mit seinem Kinde eingesetzte Vater zum Betheil der ihm auferlegten Vermächtnisse sich anrechnen lassen, was er durch die Erbeinsetzung des Kindes zu Eigenthum oder Nießbrauch mehr gewinnt[d]. 3) Ist Jemand durch mehrfache Erbeinsetzung zu verschiedenen Erbtheilen berufen, z. B. zu einem unter Bedingung, zum andern unbedingt, so wird die Quarta von allen wie von einem berechnet[e], und dies gilt denn auch[f], wenn Jemand zugleich als Institutus und als Substitutus zur Erbschaft kommt[2].

Anm. [1] Vgl. überhaupt v. d. Pfordten Abh. Nr. 1. Hoffmann in Seff. Jahrb. I. 9. Sigmund, über die Berechnung der quarta Falcidia, wenn ein und dieselbe Person mehrere Theile derselben Erbschaft erhält. München 1846. auch Arndts im Rtsley. VI. S. 316. fg. Bang. Pand. §. 535.

[2] Deutlich und allgemein anerkannt ist dies in L. 87. §. 4. D. h. t. für den Fall, wenn der einem unmündigen Kinde substituirte Miterbe als Pupillarsubstitut an dessen Stelle tritt. Dagegen hat aber in einer Beziehung Zweifel erregt L. 1. §. 13. D. h. t. Id, quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit, proficit legatariis; is enim similis est heres (Hasse will bessern: *fere*) ex parte pure ex parte sub conditione heredi instituto. Sed ea, quae ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur, scilicet, si ab eo nominatim data sunt, non: *quisquis mihi heres erit*. Nach dem letzten Satz behauptet man, daß die dem weggefallenen Institutus namentlich auferlegten, obwohl nach §. 543. dem Substituten dennoch zur Last fallenden Vermächtnisse durch die Vereinigung beider Erbtheile letzterem gewinnen können. Bang. 6. Aufl. S. 545. fg. Dies setzt voraus, daß man das *ab eo* nicht auf das vorhergehende *is* bezieht, sondern auf *coheredis*, was grammatisch kaum zulässig seyn möchte. Dasselbe Bedenken steht, von andern abgesehen, auch der von Huschke wieder vertheidigten Meinung des Donellus entgegen, welche unterscheidet, ob der Miteingesetzte vor oder nach dem Tode des Erblassers weggefallen. Bezieht man aber *ab eo* auf den substituirten coheres, so spricht der letzte Satz von einem Fall des Anwachsungsrechts (Nr. 1.). Hoffmann a. a. O. S. 331. 384. fg. Arndts a. a. O. S. 317.

§. 565.

Auch durch Pupillarsubstitution können sich eigenthümliche Modificationen in der Anwendung des falcidischen Gesetzes ergeben:

Der Vater kann die Erbschaft des Pupillen nur, soweit sie seine, des Vaters, Erbschaft ist, den Pupillarsubstituten als solchen nur, soweit er mittelbar des Vaters Erbe wird, mit Vermächtnissen

[c] L. 78. eod. cf. §. 563. not. l. L. 1. §. 14. D. eod.? [d] L. 21. §. 1. L. 25. §. 1 eod. [e] L. 11. §. 7. L. 87. §. 3. eod. [f] L. 1. §. 13. L. 87. §. 4. 5. 8. in f. eod

beschweren, und nur nach dem Bestand der väterlichen Erbschaft zur Todeszeit des Vaters ist die Quarta zu berechnen.

Die dem Substituten des enterbten Pupillen bloß als solchem auferlegten Vermächtnisse sind ganz ungültig, auch wenn der letzte mit Vermächtnissen bedacht ist[a], oder auch, nicht durch den Willen des Vaters[b], dennoch die väterliche Erbschaft oder einen Theil derselben erhalten hat[c]; nur sofern jener außerdem als Vermächtnißnehmer oder als Erbe von dem Vermögen des Vaters etwas erhält, sind sie gültig, und zwar als stillschweigend bedingte Vermächtnisse, für welche im letzten Fall mit den dem Substituten als Erben des Vaters unbedingt auferlegten Vermächtnissen zusammen nach dem Bestand der väterlichen Erbschaft zur Todeszeit die Quarta zu berechnen ist[d].

Ist aber das Kind Erbe des Vaters, so sind die dem Substituten und dem Pupillen auferlegten Vermächtnisse als bedingte und unbedingte Vermächtnisse aus der väterlichen Erbschaft des letzten zusammenzurechnen[e], und ist für beide gemeinschaftlich wiederum nach jenem Zeitpunkt die Quarta zu bestimmen, ohne Rücksicht auf spätere Minderung oder Mehrung des Pupillarvermögens[f], auch wenn der Pupill, nicht durch des Vaters Willen, als Erbe eines Miterben noch einen andern Erbtheil hinzuerworben hat[g]. Sind mehrere demselben Pupillen substituirt, so rechnet wieder jeder für sich[h].

Wenn nun ferner der Pupillarsubstitut zugleich Miterbe des Pupillen ist, so werden alle dem einen und dem andern, und zwar dem ersten sowohl als Institutus wie als Substituten, auferlegten Vermächtnisse von den beiden nun vereinigten Theilen der väterlichen Erbschaft gemeinschaftlich getragen und von beiden wird gemeinschaftlich die Quarta berechnet[i]; und dasselbe findet auch dann statt, wenn ein und derselbe mehrere Kinder desselben Vaters als Pupillarsubstitut beerbt[k]. Jedoch bleiben im ersten Falle die dem Pupillen selbst schon über das Maß auferlegten Vermächtnisse jedenfalls nur in dem Maße gültig, wie sie es für jenen waren, wenn

[a] L. 24. Cod. de legat. 6. 37. L. 41. §. 3. D. de testam. mil. 29. 1. cf. §. 541. [b] L. 87. §. 7. D. h. t. 35. 2. [c] L. 103. pr. D. de legat. III. [d] L. 10. 11. §. 8. D. h. t. 35. 2. cf. L. 1. §. eod. [e] L. 1. §. 12. L. 31. eod. cf. L. 1. pr. §. 1. D. si cui plus. 35. 3. [f] L. 11. §. 5. eod. L. 79. eod. cf. L. 41. §. 6. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. [g] L. 42. D. l. c. L. 14. §. 3. D. h. t. 35. 2. cf. not. b c. [h] L. 11. §. 6. L. 80. pr. eod. cf. §. 564. not. a. [i] L. 87. §. 4. 5. 8. eod. cf. L. 41. §. 6. D. cit. [k] L. 14. §. 2. D. h. t. cf. not. g.

gleich dem substituirten Miterben von seinem ursprünglichen Erbtheil mehr als das Viertheil übrig bleibt[1]; und dasselbe ist auch in dem andern Fall anzunehmen, wenn der Erbtheil des einen oder andern Pupillen schon an sich überschwert war.

Anm. Der Inhalt dieses §. ist in einzelnen Punkten, wegen der Schwierigkeit der betreffenden Stellen, sehr streitig. Vgl. darüber außer dem in §. 564. Anm. 1. angeführten Schriften noch insbesondere Huschke, „die Prästation der Legate in Doppeltestamenten," in Linde's Ztschr. n. F. VI. 11. VII. 2 6. Herrmann das. VIII. 14. und vorzüglich Bangerow im civ. Arch. XXXV. 10. 12. XXXVII. 13.

4) Wegfall des Abzugs.

§. 566.

Die Anwendung des falcidischen Gesetzes ist überhaupt ausgeschlossen 1) bei Soldatentestamenten[a]; 2) nach deutlich erklärtem Willen des Erblassers[b]; 3) wenn der Erbe darauf verzichtet, indem es, daß er wissentlich und ohne Vorbehalt die Vermächtnisse ganz entrichtet[c], oder auch nur deren vollständige Auszahlung zusagt[d]; der Erbe soll sogar, wenn er nur einzelne Vermächtnisse in solcher Willensmeinung ganz entrichtet, als stillschweigend verzichtend auf den Abzug auch bezüglich der übrigen angesehen werden[e]; 4) wenn der Erbe die Errichtung eines Inventars versäumt[f]; 5) beim Universalfideicommiß, wenn der Erbe gezwungen antritt (§. 586.).

Anm. [1] In Betreff der Ausnahme unter 2) ist streitig, ob ein ausdrückliches Verbot des Abzugs vorausgesetzt werde? oder genüge, daß der Erblasser ohne Irrthum über den Bestand seines Vermögens mehr als $^3/_4$ desselben vermacht habe? Das letzte behaupten gegen die bisher herrschende Meinung Marezoll in Löhr's Mag. IV. S. 354. fg. und neuerdings Renner, die institutio ex re certa S. 117. fg. Die Wahrheit liegt in der Mitte. Arndts im Arch. VI. S. 320. Bang. §. 588. Anm. 1. 2.

[2] Die Ausnahme 3) betreffend sucht Puchta §. 538. den Satz unter not. e. als unvernünftigen durch eine andere Deutung des Gesetzes dem Gesetzgeber abzunehmen. Dagegen Sint. §. 216. not. 46.

§. 567.

In Ansehung einzelner Vermächtnisse kann der Abzug entweder 1) in der Art wegfallen, daß eben nur der Erbe denselben einbüßt,

[1] L. 87. §. 5. eod.

[a] L. 7. Cod. h. t. 6. 50. L. 12. Cod. de testam. mil. 6. 21. cf. L. 17. 92. 96. D. h. t. 35. 2. [b] nov. 1. cap. 2. §. 2. cf. L. 27. D. h. t. [c] L. 1. 9. Cod. h. t. L. 1. §. 5. D. de iur. et facti ignor. 22. 6. cf. L. 15. §. 2. L. 16. pr. D. h. t. [d] L. 13. Cod. h. t. 6. 50. L. 46. 74. D. h. t. cf. L. 15. §. 1. eod. [e] nov. 1. cap. 3. [f] L. 22. §. 14. Cod. de iure delib. 6. 30. nov. 1. cap. 2. cf. §. 509.

oder 2) zum Nachtheil der übrigen Vermächtnißnehmer, indem diese so viel größern Abzug erleiden, um den Ausfall der Quarta zu decken, oder 3) so, daß ein Vermächtniß gleich einer Schuld vom Vermögen vorabgezogen wird, was denn bald nur dem Erben bald auch den übrigen Vermächtnißnehmern zum Nachtheil, den letzten aber auch wohl zum Vortheil gereichen kann. Jeder dieser Fälle kann nach Anordnung des Erblassers eintreten [a]; im Zweifel aber hat das Verbot des Abzugs von einem einzelnen Vermächtniß die erste Wirkung, und als stillschweigend beabsichtigt wird dieses angenommen, wenn der Erblasser die Veräußerung eines vermachten Grundstücks dem Vermächtnißnehmer untersagt hat [b]. Außerdem tritt dieselbe Wirkung ein, wenn der Erbe nur für einzelne Vermächtnisse auf sein Recht verzichtet [c], oder solche böswillig zu vereiteln gesucht hat [d]. Die dritte Wirkung aber tritt nach Rechtsvorschrift ein bei dem Vermächtniß des Pflichttheils [e] und zu mildem Zweck [f], und wenn der Frau vom Manne Sachen, die nur ihretwegen angeschafft waren, vermacht sind [g].

Anm. [1] Unrichtig ist es, wenn Puchta §. 549. allgemein sagt, die Befreiung durch Rechtsvorschrift, wornach ein Vermächtniß als aes alienum zu behandeln sey, habe ganz dasselbe Resultat, wie im Falle unter Nr. 1. Wenn z. B. von 1200 Vermögen 200 ad pias causas und 800 an Andere vermacht sind, so müßte der Regel nach der Erbe 300 haben, und dazu von jenen 20, von den andern 80 abgegeben werden; nun aber kann der Erbe nur 250 verlangen und die letzten erleiden nur einen Abzug von 50; sie erleiden gar keinen Abzug, wenn ihre Vermächtnisse nur 200, die ad pias causas 800 betragen. Wenn dagegen bei gleichem Vermögen die Vermächtnisse ad pias causas z. B. 1000, die übrigen 800 betragen, so würden der Regel nach jene auf 500, diese auf 400 eingeschränkt, und der Erbe behielte 300; nun aber erhalten die letzten nur 150, der Erbe 50.

[2] Keine wahre Ausnahme von der Regel enthalten L. 28. §. 1. D. de legat. I. L. 57. 81. §. 1. D. h. t. cf. L. 1. §. 10. eod. L. 1. §. 12. D. de dote praeleg. 33. 4.; auch nicht L. 15. Cod. h. t., welche Mühlenbruch §. 761. und Puchta §. 549. mißverständlich auf das Vermächtniß des Wirthschaftsinventars eines Gutes (instrumentum fundi) an dessen Eigenthümer beziehen, während sie nur von den jenes betreffenden Urkunden (instrumenta praediorum) spricht. Arndts a. a. O. S. 322. not. 347.

[a] nov. 1. cap. 2. §. 2. L. 88. pr. §. 1. 2. D. h. t. 35. 2. cf. L. 64. eod. [b] nov. 119. cap. 11. [c] nov. 1. cap. 3. cf. §. 566. not. c...e. [d] L. 59. pr. D. h. t. [e] L. 87. §. 4. D. de legat. II. [f] nov. 131. cap. 12. [g] L. 84. §. 2. D. h. t. 35. 2.

II. Von einzelnen Arten der Singularvermächtnisse insbesondere.

§. 568.

Ihrem Gegenstande nach sind die Vermächtnisse von unerschöpflicher Mannichfaltigkeit. Einzelne Classen derselben sind jedoch besonders hervorzuheben. Die Quellen enthalten eine Reihe von Titeln über besondere Vermächtnißgegenstände; diese enthalten aber großentheils nur Interpretationen des letzten Willens, welche häufig nur auf römischem Sprachgebrauch beruhen, daher heutzutage nicht schlechthin entscheidend seyn können.

§. 569.

A. Vermächtniß einzelner bestimmter Sachen.

Ist eine bestimmte Sache Gegenstand des Vermächtnisses (species legata), so ist zu unterscheiden:

1) Die Sache gehört zur Erbschaft. Alsdann wird der Vermächtnißnehmer, sobald dies legati cedit et venit, unmittelbar Eigenthümer der Sache[a]; er kann dieselbe vindiciren, nebst ihrem Zuwachs und Zubehör[b], hat auch als Vindicant von jenem Zeitpunkt an Anspruch auf die Früchte[c], muß dagegen die auf der Sache haftenden Lasten und Rechte anderer Personen anerkennen[d], insbesondere auch die dem Vermächtnißträger selbst zustehenden Servituten wieder einräumen[e]. Ist jedoch das Recht ein solches, welches dem Eigenthümer das Haben der Sache selbst oder doch den wesentlichsten Nutzen derselben entzieht oder zu entziehen droht, als Emphyteusis oder Superficies, Nießbrauch, Pfandrecht, so kann dieses der Beschwerte gegen den Vermächtnißnehmer nicht mehr geltend machen[f], und muß, wenn dasselbe einem Dritten zusteht, und dem Erblasser dieses bekannt war, die Sache frei von dieser Beschränkung gewähren[g]; wenn aber dem Vermächtnißnehmer selbst das fragliche Recht zustand, so kann dieser außer dem Eigenthumserwerb weiter nichts ansprechen[h]; überall vorausgesetzt, daß nicht ein anderer Wille des Erblassers erkennbar vorliegt[i]. Ob übrigens

[a] L. 1. Cod. commun. de legat. 6. 43. §. 2. J. de legat. 2. 20. cf. §. 559. not. b. [b] L. 24. §. 2. D. de legat. I. L. 39. D. de legat. II. L. 16. L. 91. §. 3...6. D. de legat. III. cf. L. 44. 86. cod. [c] L. 42. D. de usur. 22. 1. cf. L. 32. §. 1. D. de legat. II. fragm. Vat. §. 44. [d] arg. L. 45. §. 2. D. de legat. I. L. 69. §. 3. eod. [e] L. 116. §. 4. D. eod. L. 18. D. de servit. 8. 1. [f] L. 26. 76. §. 2. D. de legat. II. [g] L. 66. §. 6. eod. L. 57. D. de legat. I. §. 5. J. de legat. 2. 20. L. 6. Cod. de fideicomm. 6. 42. cf. L. 21. D. de probat. 22. 3. [h] L. 85. D. de legat. II.

der Erblasser die eigene Sache irrthümlich für eine fremde gehalten, ist ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des Vermächtnisses [i].

2) Die Sache gehört dem Vermächtnißträger. Alsdann wird zwar nicht das Eigenthum unmittelbar erworben, das Vermächtniß ist aber zu erfüllen, wenn gleich der Erblasser die Sache für seine eigene gehalten hat [k].

3) Die Sache gehört einem Dritten. Alsdann kann der Vermächtnißnehmer, falls der Erblasser jenes wußte, mit persönlicher Klage die Verschaffung der Sache, oder, wo diese ohne unbillige Beschwerde nicht möglich ist, wenigstens deren Werth fordern [l], es wäre denn ohne Schuld und Verzug des Verpflichteten die Erfüllung schlechthin unmöglich geworden [m]. Hat aber der Erblasser die Sache als seine eigene vermacht, so kann der Vermächtnißnehmer wohl Usucapionsbesitz (pro legato) erlangen [n], mit Besitzzurechnung [o], in der Regel aber [p] nicht die Gewährung des Eigenthums oder seines Werthes [q], daher auch nicht Evictionsleistung [r] fordern. Dasselbe gilt, wenn die Sache zum Theil eine fremde ist, bezüglich dieses Theiles [s]. Hat der Erblasser erst nach Errichtung des Vermächtnisses die Sache veräußert, so gilt dies in der Regel als Zurücknahme desselben; hat er sie erst später erworben, so treten die Wirkungen unter Nr. 1. ein.

4) Gehört die Sache dem Vermächtnißnehmer selbst, so ist das Vermächtniß unwirksam; nur kann jener Ersatz fordern, sofern er die Sache erst nach Errichtung des Vermächtnisses gegen eine Gegenleistung, nicht vom Erblasser selbst, erworben hat [t]. Gehörte sie ihm schon zu jener Zeit, so ist das Vermächtniß wirkungslos, wenn gleich er später nicht mehr Eigenthümer ist [u], ausgenommen a) wenn ihm die Sache auf den Fall der Veräußerung vor dem Tode des Erblassers [v], oder b) unter irgend einer [2] später zu erfüllenden Bedingung [w] vermacht ist, c) wenn derselbe nur widerrufliches

[i] §. 11. J. l. c. [k] L. 67. §. 8. D. l. c. [l] §. 4. J. l. c. L. 39. §. 7. L. 71. §. 3. D. de legat. I. cf. L. 30. §. ult. D. de legat. III. [m] §. 16. J. l. c. L. 22. §. 2. D. l. c. [n] Dig. pro legato. 41. 8. cf. L. 1. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. §. 170. Anm. 1. [o] L. 14. §. 1. D. de usucap. 41. 3. [p] cf. L. 10. Cod. de legat. 6. 37. L. 6. Cod. de fideicomm. 6. 42. L. 72. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [q] L. 67. §. 8. D. de legat. II. [r] L. 77. §. 8. D. de legat. II. [s] L. 5. §. 1. 2. D. de legat. I. L. 30. §. 4. D. de legat. III. cf. not. g. [t] §. 6. J. de legat. 2. 20. L. 34. §. 2. D. de legat. I. [u] §. 10. J. l. c. cf. §. 550. Anm. 2. L. 66. §. 6. in f. D. de legat. II. [v] L. 1. §. 2. D. de reg. Cat. 34. 7. L. 18. D. de legat. II. [w] L. 41. §. 2. D. de legat. I. L. 98. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. §. 550. not. d.

Eigenthum hatte [x], d) wenn dem Erblasser oder dem Erben, oder auch, falls dies dem Erblasser bekannt war, einem Dritten ein dingliches Recht an der Sache [y], oder auch nur e) eine Forderung auf dieselbe gegen den Vermächtnißnehmer zustand [z].

Anm. [1] Wird dem Pfandgläubiger die verpfändete Sache vermacht, so erlischt sein Pfandrecht durch Confusio, aber seine Forderung bleibt bestehen, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur (not. h.). Mit Unrecht aber behauptet man (Roßhirt II. S. 159.), daß ihm der Erbe ein anderes Pfand bestellen oder die Schuld zahlen müsse, wenn auch ein Dritter der Schuldner sey. Keineswegs sagt dies Paulus in den sentt. III. 6. §. 9. Si res obligata creditori, cuius causam testator non ignoravit, per damnationem legata sit, inutilis ad heredis sollicitudinem spectat. Arndts in Rtslex. VI. S. 327.

[2] L. 1. §. 2. D. de reg. Cat. Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, *si eum vivo testatore alienaverit*, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset. Die ausgezeichneten Worte sind als Bedingung des Vermächtnisses, nicht als Voraussetzung der Wirksamkeit des unbedingten zu verstehen. Mit Unrecht halten übrigens Manche das Legat der eigenen Sache nur unter dieser Bedingung für gültig. Unter dieser ist trotz der Catoniana regula, unter einer anderen gemäß derselben das Vermächtniß gültig. L. 98. D. de cond. Mea res sub conditione legari mihi potest, quia in huiusmodi legatis non testamenti facti tempus sed conditionis expletae spectari oportet. Arndts im Rh. Mus. V. S. 207. 253. fg. im Rtslex. S. 328. fg.

§. 570.

B. Vermächtniß einer Sachgesammtheit.

Ist eine Sachgesammtheit (§. 48.) vermacht, so kann im Zweifel der Vermächtnißnehmer nur diejenigen, aber alle diejenigen Sachen, welche noch zur Todeszeit des Erblassers die Gesammtheit bilden, in Anspruch nehmen [a]. Die Bestimmungen des §. 569. können dabei gleichfalls in Anwendung kommen, insofern eben auch hier ein individuell bestimmter Gegenstand vermacht ist. Der Erblasser kann übrigens nach Belieben eine gewisse Art von Sachen seines Vermögens unter einer Gesammtbenennung Jemanden hinterlassen, worüber mehrere besondere Titel nähere Erklärungen geben [b].

[x] L. 82. §. 1. D. de legat. I. [y] L. 71. §. 5. L. 86. §. 4. eod. cf. L. 86. pr. L. 43. §. 3. eod. L. 66. §. 6. in f. D. de legat. II. [z] L. 39. §. 2. D. de legat. I.

[a] §. 18. J. de legat. 2. 20. L. 21. D. de legat. I. L. 28. D. quando dies. 36. 2.

[b] Dig. de tritico vino vel oleo legato. 33. 6. de instructo vel instrumento legato. 33. 7. de penu legata 33. 9. de supellectile legata. 33. 10. de auro argento mundo ornamentis unguentis veste vel vestimentis et statuis legatis. 34. 2. cf. L. 79. §. 1. D. de legat. III. L. 65. §. 4...7. L. 66. L. 81. §. 1...3. eod.

Das Vermächtniß eines solchen Inbegriffs kann auch bloß Zugabe oder Anhang eines andern Vermächtnisses seyn; dann besteht es nur mit diesem als dem Hauptvermächtniß [c].

§. 571.

C. Vermächtniß einer Summe oder Quantität.

Ist eine bestimmte Summe oder eine Quantität vertretbarer Sachen vermacht, ohne andere Beschränkung [a], so geht die Vermächtnißklage auf Zahlung derselben, wenn auch in der Erbschaft nichts der Art vorhanden ist [b], wobei die Wahl der nicht näher bestimmten Qualität dem Beschwerten zusteht [c]. Sind vertretbare Sachen ohne Bestimmung der Quantität vermacht, desgleichen baares Geld ohne Summe, so beschränkt sich das Vermächtniß auf das im Nachlaß Vorfindliche [d].

§. 572.

D. Vermächtniß einer Rente.

Eine Summe oder Quantität kann als eine nach gewissen Zeitfristen wiederkehrende Leistung vermacht werden, z. B. als jährliche, annuum legatum [a], es sey auf Lebenszeit des Vermächtnißnehmers, was im Zweifel anzunehmen ist [b], oder auch mit Erstreckung auf dessen Erben und Erbeserben, als immerwährende Rente [c], zu unterscheiden von dem Vermächtniß einer bestimmten Summe mit Festsetzung verschiedener Zahlungstermine [d]. Jenes Rentenvermächtniß zertheilt sich in so viele einzelne Vermächtnisse, als Zahlungstermine sich ergeben, deren jedes seine eigene Zeit des Anfalls hat, im Zweifel zu Anfang der gesetzten Fristen [e]. Bei Berechnung der falcidischen Quarta ist jede fällige Rente unter Berücksichtigung der Zwischenzinsen auf ihren Werth zur Todeszeit zurückzuführen [f]; wann darnach zuerst eine Schmälerung der Quarta sich ergibt, so kann der Erbe rückwärts von allen einzelnen Renten den verhältnißmäßigen Abzug begehren oder die fernere Zahlung dagegen aufrechnend

[c] L. 1. §. 1. D. de instr. leg. 33. 7.

[a] L. 5. D. de trit. leg. 33. 6. [b] L. 3. pr. eod. [c] L. 4. eod. [d] L. 1. 2. 3. §. 1. L. 6. et sqq. eod. cf. L. 51. D. de legat. I. §. 570. not. b.

[a] Dig. de annuis legatis et fideicommissis. 33. 1. [b] L. 8. D. l. c. [c] L. 12. Cod. de legat. 6. 37. cf. L. 65. D. de V. S. [d] L. 3. D. h. t. 33. 1. L. 20. 26. §. 2. D. quando dies. 36. 2. [e] L. 4. 5. 8. 11. 22. D. h. t. 33. 1. L. 10...12. D. quando dies. 36. 2. L. 1. Cod. eod. 6. 53. L. 10. D. de cap. min. 4. 5. [f] L. 45. pr. L. 73. §. 4. D. ad leg. Falc. 35. 2.

einstellen [g]; kommen aber noch andere Vermächtnisse in Betracht, so kann entweder der Verkaufswerth der Rente angeschlagen oder durch Cautionsleistung bis zum Tode des Vermächtnißnehmers gehalten werden [h]. Bei immerwährender Rente wird der 25fache Betrag als Capitalwerth angenommen [i].

§. 573.

E. Vermächtniß des Lebensunterhalts [a].

Dieses wird ebenso wie das annum legatum als eine Reihe verschiedener Vermächtnisse betrachtet, insofern in verschiedenen Terminen das zum Unterhalt des Vermächtnißnehmers Bestimmte herzugeben ist [b]. Es erstreckt sich im Zweifel ebenfalls auf dessen Lebenszeit und endigt jedenfalls durch dessen Tod [c], daher hier zur Berechnung der falcidischen Quart eine Wahrscheinlichkeitsrechnung über Lebensdauer Anwendung findet [d]. In Ermangelung näherer Bestimmung geht das Vermächtniß auf alles und nur das zum eigentlichen Lebensunterhalt Nothwendige [e], nach richterlichem Ermessen. Alimente können auch einem erbunfähigen vermacht werden [g]. Das Vermächtniß der Alimente bis zur Mündigkeit wird bis zur ius plena pubertas ausgedehnt [h]. Eine allgemein lautende Zurücknahme der Vermächtnisse wird im Zweifel nicht auf das der Alimente bezogen [i]. Der damit beschwerte Vermächtnißnehmer kann demselben keinen Abzug machen, wenn er auch selbst von Seiten des Erben Abzug erleidet [k].

Anm. Ueber die Wahrscheinlichkeitsrechnung bezüglich des Alimentenvermächtnisses sagt Aem. Macer lib. 2. ad leg. vices. hered. in L. 68. pr. D. ad leg. Falc.: Computationi in alimentis faciendae hanc formam esse Ulpianus scribit, ut a prima aetate usque ad annum vicesimum quantas alimentorum triginta annorum computetur eiusque quantitatis Falcidia praestetur; ab annis vero viginti usque ad annum vicesimum quintum, annorum viginti octo; ab annis vigintiquinque usque ad annos triginta, annorum vigintiquinque; ab annis triginta usque ad annos triginta quinque, annorum viginti duo; ab annis triginta quinque usque

[g] L. 47. pr. D. l. c. [h] L. 1. §. 16. L. 55. D. l. h. [i] L. 3. §. 2. D. l. c. cf. §. 220. Anm. 4.

[a] Dig. de alimentis vel cibariis legatis. 34. 1. [b] L. 20. D. quando dies 36. 2. [c] L. 26. in f. D. l. c. L. 15. pr. D. h. t. 34. 1. L. 8. §. 10. D. de transact. 2. 15. [d] L. 68. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. [e] L. 6. 7. 21. 23. D. h. t. 34. 1. cf. L. 6. §. 2. L. 22. eod. L. 14. D. de ann. leg. 33. 1. cf. §. 348. not. d. [g] L. 11. D. h. t. L. 3. pr. D. de his quae pro non script. 34. 8. [h] L. 14. §. 1. D. h. t. cf. §. 348. not. f. [i] L. 18. §. 3. D. eod. [k] L. 77. §. 1. D. de legat. II. cf. §. 562. not. c.

ad annos quadraginta, annorum viginti; ab annis quadraginta usque ad annos quinquaginta tot annorum computatio fit, quot aetati eius ad annum sexagesimum deerit, remisso uno anno; ab anno vero quinquagesimo usque ad annum quinquagesimum quintum, annorum novem; ab annis quinquaginta quinque usque ad annum sexagesimum, annorum septem; ab annis sexaginta, cuiuscunque aetatis sit, annorum quinque; eoque nos iure uti Ulpianus ait et circa computationem ususfructus faciendam. Solitum est tamen a prima aetate usque ad annum trigesimum computationem annorum triginta fieri, ab annis vero triginta tot annorum computationem inire, quot ad annum sexagesimum deesse videntur; nunquam ergo amplius quam triginta annorum computatio initur. Sic denique et si reipublicae ususfructus legetur, sive simpliciter sive ad ludos, triginta annorum computatio fit. — Streitig iſt, ob dieſe Berechnung definitiv entſcheide oder nur proviſoriſch gelte? Konopak, Beitr. zur Lehre v. d. Berechnung der falcid. Quart. Roſtock 1811. Fritz in Löhr's Mag. IV. 16. Roßhirt I. S. 558. fg. — Sie iſt auch beim annuum legatum anwendbar: Konopak a. a. O. S. 16. fg. Schrader im civ. Arch. II. S. 155. Ueber den Umfang der Anwendung überhaupt vgl. Pfeiffer im civ. Arch. XXVIII. 13.

§. 574.

F. Vermächtniß einer Gattungsſache.

Iſt eine bloß nach der Gattung beſtimmte nicht an ſich vertretbare Sache vermacht (genus legatum), und es befinden ſich Sachen dieſer Gattung in der Erbſchaft, ſo gebührt dem Vermächtnißnehmer eine derſelben [a], im Zweifel nach ſeiner Wahl [b], vorausgeſetzt nur, daß der Gegenſtand nicht zu allgemein und unbeſtimmt bezeichnet ſey [c]. Wenn aber auch in der Erbſchaft ſolche Sachen nicht vorhanden ſind, ſo iſt das Vermächtniß, falls nicht der Erblaſſer in anderer Meinung war, gleichwohl wirkſam, wenn es nur nicht, was hier noch leichter der Fall ſeyn kann, an der erforderlichen Beſtimmbarkeit der Leiſtung mangelt [d].

Anm. L. 71. pr. cit. ſagt: Si domus alicui simpliciter sit legata, neque adiectum quae domus, cogentur heredes quam vellet domum ex his, quas testator habebat, legatario dare; quodsi nullas aedes reliquit, magis derisorium est quam utile legatum. Hiernach hält man im letzten Fall jedes Legat der Art ſchlechthin für ungültig (Vang. §. 549. Puchta §. 529.) oder wenigſtens das einer unbeweglichen Sache (Roßhirt II. S. 14. fg.). „Aber es kann auch in ſolchem Fall ſehr wohl das Legat der Gattung hinreichend beſtimmt ſeyn, um es als vollkommen gültig anzuſehen. Wenn z. B. einem

[a] L. 71. pr. D. de legat. I. [b] §. 22. J. de legat. 2. 20. cf. §. 579. [c] L. 69. § 1. D. de iure dot. 23. 3. [d] L. 71. pr. cit.

Officier ein dienstfähiges Reitpferd, einem Lohnkutscher ein Paar gute Wagenpferde . . . vermacht würde u. dgl. m., wer möchte den Erben aller Beschränkung entbinden?“, selbst auch, „wenn Jemanden ein anständiges Wohnhaus in einer bestimmten Stadt . . . vermacht wäre,“ während freilich aedes legata ein zu unbestimmter Gegenstand ist, als „worunter sowohl die elendeste Bauerhütte in entlegener Gegend als ein prächtiger Pallast in der Stadt verstanden werden kann.“ Arndts im Archiv. VI. S. 333. vgl. Seuffert §. 607. not. 1.

§. 575.

G. Vermächtniß dinglicher Rechte.

Der Erblasser kann 1) ein ihm zustehendes Recht an fremder Sache, sofern es übertragbar ist, einem Andern als dem Erben hinterlassen, namentlich Pfandrecht, Emphyteusis, Superficies, und eben so den Erben oder sonstigen Vermächtnißträger verpflichten, das diesem zustehende Recht, auch z. B. den Nießbrauch der Ausübung nach, dem Vermächtnißnehmer zu übertragen. Er kann 2) ein ihm an der Sache des Vermächtnißnehmers zustehendes Recht demselben erlassen, wodurch dasselbe, wenn dies legati venit, ipso iure aufgehoben wird [b], aber wiederum auch den Vermächtnißträger verpflichten, das ihm oder einem Dritten zustehende Recht zu erlassen, beziehungsweise abzulösen. Er kann 3) ein dingliches Recht jeder Art durch das Vermächtniß bestellen [c], wodurch, wenn die Sache zur Erbschaft gehört, dem Bedachten unmittelbar das dingliche Recht, jedoch eine Grunddienstbarkeit natürlich nur, wenn er ein benachbartes Grundstück besitzt, erworben wird [d]; außerdem entsteht nur eine Verpflichtung, dasselbe an der eigenen Sache einzuräumen, beziehungsweise an der Sache eines Dritten zu verschaffen oder den Werth dafür zu leisten [e], wobei aber im letzten Falle in Betracht kommen muß, ob der Erblasser wußte, daß die Sache eine fremde sey [f]. Bei dem Vermächtniß einer persönlichen Servitut tritt der Anfall (§. 550.) nicht vor Antretung der Erbschaft oder Eintritt der Zeitbestimmung ein [g]. Ist eine solche mit Unterbrechung für getrennte Zeiträume vermacht, z. B. alternis annis, so gilt

[a] L. 71. §. 6. D. de legat. I. L. 1. §. 7. D. de superficie. 43. 18. [b] L. 71. §. 5. L. 86. §. 4. D. de legat. I. [c] Cf. α) §. 4. J. de servit. 2. 3. §. 1. J. de usufr. 2. 4. Dig. de usu et usufructu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum relictis. 33. 2. de servitute legata. 33. 3. β) not. a. §. 198. 200. γ) L. 26. pr. D. de pign. act. 13. 7. §. 371. [d] L. 1. Cod. commun. de legat. 6. 43. cf. fragm. Vat. §. 47. 48. 57. 83. 86. [e] L. 3. D. de usufr. 7. 1. cf. Pauli sentt. III. 6. §. 17. fragm. Vat. §. 85. 87. [f] arg. §. 569. not. g. p...s. [g] L. 2. 3. 5. §. 1. D. quando dies. 36. 2. L. 1. D. quando dies ususfr. leg. cedat. 7. 3. cf. L. 2. D. de usu leg. 33. 2.

dies gleich dem annuum legatum für mehrere Vermächtnisse, deren jedes für sich anfällt [h]. Ist sie ausdrücklich auf Lebenszeit vermacht, so wird angenommen, daß sie für den Fall des früheren Verlustes immer wieder vermacht seyn solle [i]. Bei der regelmäßigen Dauer auf Lebenszeit findet auch hier die Wahrscheinlichkeitsrechnung Anwendung [k]. Der Nießbrauch insbesondere kann auch Mehreren gemeinschaftlich oder einem nur zum Theile vermacht werden; das letzte wird im Zweifel angenommen, wenn einem die Sache schlechtweg, einem andern der Nießbrauch derselben vermacht ist [l]; in jenem Fall kann ein Anwachsungsrecht noch stattfinden [1], nachdem das Vermächtniß bereits allen erworben war [m]. Auch ein Quasiususfructus kann vermacht werden [n], und so auch der Nießbrauch an der ganzen Erbschaft oder einem Theil derselben [o]; im letzten Fall steht dem Erben frei [p], dem Vermächtnißnehmer durchweg nur den Quasiususfructus des entsprechenden Vermögensbetrages zu gewähren [2]. Endlich kann 4) ein Recht an fremder Sache durch Vermächtniß auch für einen Andern als den Vermächtnißnehmer begründet werden, indem diesem das Eigenthum der Sache mit Vorbehalt eines dinglichen Rechts, z. B. deducto usufructu [q], vermacht wird.

Anm. [1] Ueber diesen Fall des Anwachsungsrechtes vgl. zu §. 556. Anm. 1. noch Heimsoeth, de usufructu accrescendo ex iure rom. Colon. 1831. Dabei gilt die Regel: ususfructus non portioni sed homini accrescit. L. 14. §. 1. D. de exc. rei iud. 44. 2. L. 33. §. 1. D. de usufr. 7. 1. Daher: L. 10. D. h. t. 7. 2. Interdum pars ususfructus et non habenti partem suam, sed amittenti accrescit. Nam si ususfructus duobus fuerit legatus et alter lite contestata amiserit usumfructum, mox et collegatarius, qui litem contestatus non erat, usumfructum amisit, partem dimidiam duntaxat, quam amisit qui litem contestatus est adversus eum, qui se liti obtulit, a possessore consequitur; pars enim collegatarii ipsi accrescit, non domino proprietatis; ususfructus enim personae accrescit, etsi fuerit amissus. vgl. Vang. §. 554.

[2] Die L. 32. §. 8. cit. (not. p.) gibt bei einem ususfructus tertiae partis bonorum legatus auf die Frage: an pecuniae, quae ex rebus divisis

[h] L. 1. pr. D. quando dies usufr. 7. 3. L. 1. §. 3. L. 2. D. quib. mod. usufr. amitt. 7. 4. L. 11. 13. D de usu leg. 33. 2. cf. §. 194. Anm. 2. [i] L. 3. pr. 5. pr. D. quib. mod. usufr. am. 7. 4. [k] cf. §. 573. Anm. [l] L. 19. D. de usu leg. 33. 2. [m] Dig. de usufructu accrescendo. 7. 2. cf. fragm. Vat. §. 74...88. [n] Dig. de usufructu earum rer. 7. 5. cf. §. 181. [o] L. 29. D. de usufr. 7. 1. L. 24. pr. 32. §. 1. 8. L. 37. 43. D. de usu leg. 33. 2. L. 1. Cod. de usufr. 3. 33. [p] L. 32. §. 8. D. l. c. [q] L. 1. §. 4. L. 2. 3. D. de usufr. accresc. 7. 2. L. 14. Cod. de usufr. 3. 33.

secundum aestimationem effecta est, tertia pars praestanda sit? Die Entscheidung: heredis esse electionem, utrum rerum an aestimationis cum fructum praestare vellet. Darin ist nicht (wie Seuffert §. 632 not. II. annimmt) gesagt, der Erbe könne den Legatar dadurch abfinden, daß er ihm aus dem Betrage des Werths Renten zahlt; vielmehr kann der letzte (gegen Caution wie bei jedem pecuniae ususfructus die Auszahlung der tertia pars aestimationis fordern. Verschieden davon ist das Vermächtniß der Einkünfte von einer Sache oder einem Vermögen. L. 22. 38. D. de usu leg. 33. 2. L. 21. pr. D. de ann. leg. 33. 1. L. 120. D. de legat. I.

§. 576.

H. Vermächtnisse in Beziehung auf Forderungen.

Der Erblasser kann 1) eine ihm zustehende Forderung gegen einen Dritten oder, was dasselbe ist, dasjenige, was dieser ihm schuldig sey, vermachen, nomen legatum [1]. Der Vermächtnißnehmer erhält dadurch die Forderungsklage als utilis actio [a], mit den Accessionen [b]. Der Erbe ist nur verpflichtet, ihm die Geltendmachung der Forderung einzuräumen [c]. Das Vermächtniß gilt nur so viel, als vom Schuldner zu erlangen ist [d]; es ist ganz ohne Inhalt, wenn die Forderung nicht begründet [e], und erlischt, wenn dieselbe getilgt ist [f], ausgenommen, wenn erst der Erbe die Zahlung erhalten hat [g], oder wenn zwar schon dem Erblasser gezahlt worden, dieser aber erweislich die Absicht gehabt hat, das Empfangene nur dem Legatar zu erhalten, was namentlich dann anzunehmen ist, wenn er die vom Schuldner aus freien Stücken gezahlte Summe zurückgelegt hat [h]. Ist bei einer alternativen Forderung, wobei der Schuldner die Wahl hat, nur einer der alternativen Schuldgegenstände vermacht, so kann der Legatar gegen den Erben auf Geltendmachung der Forderung klagen, und von der Wahl des Schuldners hängt es dann ab, ob jener etwas bekomme oder nicht [i], so wie auch wer etwas bekomme, wenn die Alternativ-Gegenstände verschiedenen Personen vermacht sind [k]. Hat aber der Gläubiger die Wahl, so erhält sie auch der Legatar, wenn ihn nicht der Erblasser zur Begünstigung des Schuldners auf einen bestimmten Gegenstand beschränkt hat; und wenn hier die verschiedenen Schuldgegenstände

[a] L. 18. Cod. legat. 6. 37. [b] L. 34. pr. D. de legat. III. [c] §. 21. J. de rer. 2. 20. L. 44. §. 6. L. 75. §. 2. L. 105. D. de legat. I. L. 10. D. de lib. leg. 34. 3. [d] L. 22. §. 4. D. ad leg. Falcid. 35. 2. [e] L. 75. §. 1. 2. D. de legat. I. [f] §. 2. J. cit. L. 75. §. 2. L. 82. §. 5. D. l. c. L. 21. pr. §. 1. D. de lib. leg. 34. 3. [g] L. 21. §. 2. D. l. c. [h] L. 11. §. 13. L. 64. D. de legat. III. cf. L. 31. §. 3. D. de usu leg. 33. 1. [i] L. 75. §. 1. D. de legat. I. [k] L. 50. §. 1. D. de legat. II.

verschiedenen Personen vermacht sind, so muß der Erbe der einen die Klage einräumen, der andern den Werth des Gegenstandes geben [l]. Dasselbe gilt beim Vermächtniß einer Correalobligation, wenn von Mehreren jedem ein anderer Correalschuldner angewiesen ist [m].

2) Der Erblasser kann seine Forderung auch dem Schuldner selbst, und somit diesem die Befreiung von der Schuld vermachen, liberatio legata [n], was auch darin liegt, daß dem Erben die Forderung untersagt oder dem Schuldner, was er schuldig ist, vermacht wird [o]. Der Vermächtnißnehmer erlangt dadurch eine Exceptio gegen die Forderungsklage und kann selbst klagen auf vollständige Vernichtung seiner Schuldverbindlichkeit durch den Erben [p], soweit er dabei Interesse haben mag [2], aber nicht mit weiter greifender Wirkung, als in der Absicht des Erblassers lag [q]. Unwirksam wird das Vermächtniß der Schuldbefreiung durch anderweitige Tilgung der Schuld, namentlich durch Zahlung an den Erblasser; die Zahlung an den Erben aber, wenn sie nicht freiwillig mit Kenntniß des Vermächtnisses geschehen, kann zurückgefordert werden [r]. Ohne Inhalt ist das Vermächtniß, wenn die angebliche Schuld gar nicht besteht [3], es mag der Gegenstand derselben näher bezeichnet seyn oder nicht [s]. Auch bloße Stundung kann durch Vermächtniß gewährt werden [t]; der Inhalt des Vermächtnisses besteht hier in dem commodum temporis (§. 220.), während das Vermächtniß vollständiger Schuldbefreiung nach seinem ganzen Betrage in Anschlag kommt [u]. Wenn umgekehrt

3) der Erblasser seinem Gläubiger vermacht, was er demselben schuldig ist, debitum legatum [4], so ist dies Vermächtniß ohne Inhalt und kommt bei der Berechnung der Falcidia nicht in Betracht, sofern es nicht dem Vermächtnißnehmer einen materiellen Vortheil gewährt, den er nicht schon ohnehin durch seine Forderung hätte [v], z. B. durch Beseitigung einer Einrede [w] oder einer beschränkenden oder bedingenden Nebenbestimmung [x]. Jedenfalls kann aber

[l] L. 76. D. de legat. I. [m] L. 82. §. 5. D. eod. [n] Dig. de liberatione legata. 34. 3. [o] L. 1...3. D. l. c. §. 13. J. de legat. 2. 20. cf. Pauli sentt. III. 6. §. 11. [p] L. 3. §. 3. L. 22. D. l. c. L. 7. §. 1. eod. [q] cf. L. 2. pr. 3. §. 3. L. 5. pr. eod. L. 31. §. 2. eod. [r] L. 7. §. 4...7. eod. L. 26. §. 7. D. de cond. indeb. 12. 6. [s] L. 75. §. 2. D. de legat. I. L. 13. 25. D. h. t. 34. 3. [t] L. 8. §. 1. 2. eod. [u] L. 22. §. 3. D. ad leg. Falcid. 35. 2. [v] §. 14. J. de legat. 2. 20. L. 11. 28. §. 13. D. de lib. leg. 34. 3. L. 1. §. 10. L. 57. 81. §. 1. D. ad. leg. Falc. 35. 2. [w] L. 13. D. de lib. leg. 34. 3. L. 28. pr. D. de legat. I. [x] L. 29. eod. L. 14. D. de lib. leg. §. 14. J. l. c.

der Gläubiger sein Recht nun auch durch die zugleich mit einem Pfandrecht versehene Vermächtnißklage geltend machen [y], und, wenn auch die angebliche Schuld gar nicht besteht, dennoch den angegebenen Schuldgegenstand als Vermächtniß fordern [z].

4) Ein Vermächtniß kann sich übrigens auch in vorbemerkter dreifacher Weise auf Forderungen Anderer oder an Andere beziehen [a].

Anm. [1] Haubold, de legato nominis. Lipsiae 1793., in dessen opusc. I. p. 497. sq. — Verschieden davon ist der Fall, wenn eine Summe vermacht und dabei nur eine Forderung bezeichnet ist, von welcher jene zu entnehmen ist. L. 96. pr. D. de legat. I.

[2] Nach R. R. konnte unter Umständen auf Acceptilatio geklagt werden, aber dieses z. B. nicht, wenn nur einem Bürgen oder einem correus reus socius für sich Befreiung vermacht war. Nach heutigem Recht kann die Klage nicht etwa auf Herausgabe und Abquittirung der Schuldurkunde oder auf Löschung im Hypothekenbuche gehen.

[3] L. 75. §. 2. D. de legat. I. Quodsi addiderit: *decem, quae mihi Titius debet, lego* (sc. *Titio*), sine dubio nihil erit in legato (sc. si Titius nihil debet). Nam inter falsam demonstrationem et falsam conditionem sive causam multum interest. Proinde et si Titio *decem, quae mihi Seius debet*, legavero, nullum erit legatum; esse enim debitor debet. — L. 25. D. de lib. leg. (Paul. lib. 10. quaest.). Legavi Titio quod mihi debetur, vel adiecta certa quantitate sive specie vel non adiecta; aut ex contrario aeque cum distinctione, veluti: *Titio, quod ei debeo*, vel ita: *Titio centum, quae ei debeo*. Quaero, an per omnia requirendum putes, an debitum sit? et plenius puto, quae ad haec spectant, attingas; quotidiana enim sunt. Respondi: Si is, cui Titius debebat, debitum remittere voluit, nihil interest, heredem suum iussit, ut eum liberaret, an prohibet eum exigere; utroque enim modo liberandus est debitor, et utroque casu competit ultro ad liberandum debitori actio. Quodsi etiam centum aureorum vel fundi debiti mentionem fecit: si quidem debitor fuisse probetur, liberandus est; quodsi nihil debeat, poterit dici, quasi falsa demonstratione adiecta, etiam peti quod comprehensum est posse. Sed poterit hoc dici, si ita legavit: *centum aureos, quos mihi debet*, vel: *Stichum, quem debet, heres meus damnas esto non petere?* Quodsi sic dixit: *heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare*, etiam illud tentari poterit, ut petere possit quasi falsa demonstratione adiecta: quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimaverit. Contra autem, si debitor creditori leget, nullam utilitatem video, si sine quantitate leget; sed et si id demonstret, quod debere se confitetur, nulla utilitas est, nisi in his speciebus, in quibus emolumentum debiti ampliatur. Quodsi centum aureos, quos se

[y] L. 28. D. de legat. I. cf. L. 1. Cod. commun. de legat. 6. 43. [z] §. 15. I. h. t. L. 75. §. 1. D. de legat. I. L. 88. §. 10. D. de legat. II. L. 25. D. de lib. leg. 34. 3

debere dixit, legaverit, si quidem debet, inutile est legatum; quodsi non fuit debitor, placuit, utile esse legatum; certa enim nummorum quantitas similis est Sticho legato cum demonstratione falsa, idque et D. Pius rescripsit, certa pecunia dotis acceptae nomine legata. Mit dem Fragezeichen hinter dem Satze: *sed poterit . . . non petere?* und bei gehöriger Scheidung der Zweifelsätze von der Entscheidung macht diese Stelle keine Schwierigkeit. Vgl. Arndts diss. inaug. ad L. 25. D. de lib. leg. Berolini 1825. und darüber Wächter in d. Tüb. krit. Ztschr. II. S. 186. fg. Vang. §. 555.

[a] Ein Vermächtniß an den Gläubiger ist keineswegs im Zweifel für debitum legatum zu nehmen; L. 85. D. de legat. II. L. 16. Cod. de legat. 6. 37. vgl. §. 569. Anm. 1.; ausgenommen ein Vermächtniß des Vaters an die Tochter, der er die Dos schuldig war. L. 84. §. 6. D. de legat. I. L. 22. §. 3. D. soluto matr. 24. 3.

[b] So kann man a) dem Erben auferlegen, eine ihm gegen einen Dritten zustehende Forderung dem Legatar abzutreten; ebenso b) seine Forderung gegen diesen selbst zu erlassen, L. 24. D. de lib. leg., oder dessen Befreiung von einer Schuldverbindlichkeit gegen einen Dritten zu bewirken, L. 8. pr. eod., worin aber zugleich auch für den letzten ein Vermächtniß enthalten seyn kann, L. 3. §. 5. L. 7. §. 3. eod.; sodann auch kann man c) dem Gläubiger eines Andern vermachen, was dieser ihm schuldig ist, worin denn zugleich oder auch vorzugsweise ein Vermächtniß der zweiten Art für den Schuldner liegen kann, L. 11. §. 22. D. de legat. III. L. 49. §. 6. D. de legat. I., sowie es ein Vermächtniß für die Miterben ist, wenn einem Erben allein dem Gläubiger des Erblassers das Ganze zu zahlen auferlegt ist, L. 69. §. 2. L. 49. §. 4. 5. D. eod. L. 7. §. 3. D. de lib. leg. 34. 3.

§. 577.

I. Vermächtniß der Dos.

Eine Dos kann 1) bestellt werden durch ein Vermächtniß, welches dem Manne hinterlassen wird; doch liegt darin zugleich ein Vermächtniß für die Frau, insofern es ihr Vortheil ist, dotirt zu seyn, und, wenn durch Schuld des Mannes die Ehe nicht zu Stande kommt, wird denn auch ihr die Vermächtnißforderung gegeben [a]. Wenn dagegen 2) bloß der Frau eine Ausstattung vermacht ist, so hat zunächst nur diese die Vermächtnißforderung [b]. Aber auch 3) die Rückgabe einer bestellten Dos kann Gegenstand des Vermächtnisses seyn [c]. Ein solches Vermächtniß von Seiten des Mannes, dessen Erben ohnehin restitutionspflichtig wären, ist ein debitum legatum, vortheilhaft durch Ausschließung der gewöhnlichen

[a] L. 43. D. de legat. III. L. 71. §. 3. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. §. 398. Anm. 3.
[b] L. 77. §. 9. D de legat. II cf. §. 396. not. a. [c] Dig. de dote praelegata (s. relegata). 33. 4.

Restitutionsfrist und etwaniger Gegenansprüche, abgesehen von nothwendigen Verwendungen, welche die Dos mindern [d], und gültig, wenn auch keine Dos besteht, als Vermächtniß des angeblichen Dotalgegenstandes [e], wirkungslos aber, wenn die Dos vom Manne schon zurückgegeben ist [f]. Wird umgekehrt 4) demjenigen, welcher sie zu restituiren hätte, die Dos vermacht, so ist dies ein Fall der liberatio legata [g]; und unbedenklich kann 5) der zur Rückforderung Berechtigte diese seine Forderung, sofern sie nicht durch seinen Tod erlischt, auch einem Dritten vermachen (nomen legatum), z. B. nach Justinianischem Recht die Frau ihren Dotalanspruch durch Vermächtniß andern Personen als ihren Erben zuwenden.

§. 578.

K. Vermächtniß eines Vermögensinbegriffs.

Das Vermächtniß eines Inbegriffs verschiedenartiger Vermögensrechte, der nicht ein aliquoter Theil der eigenen Erbschaft des Erblassers ist, gehört zu den Singularvermächtnissen und begründet keine Universalsuccession. So z. B. das Vermächtniß einer fremden Erbschaft oder eines Theils derselben; es erzeugt eine Forderung gegen den Beschwerten, daß er den Inhalt derselben, wie im Falle der Veräußerung (§. 540.), auf den Vermächtnißnehmer übertrage [a]. So auch das Vermächtniß des Peculiums eines Hauskindes (oder Sklaven); es gibt den Anspruch auf Ueberlassung seines Inhalts, natürlich mit Abzug der Schulden, so wie es zur Todeszeit des Erblassers besteht [b].

§. 579.

L. Wahlvermächtnisse.

Ein Vermächtniß kann wahlweise auf verschiedene Gegenstände oder Leistungen gerichtet seyn, sog. legatum alternativum [1]. Wer die Wahl habe, bestimmt der Wille des Erblassers, der sie auch einem Dritten überlassen kann [a]. Im Zweifel [2] ist sie, sofern es

[d] L. 1. §. 2... 4. L. 15. D. l. c. §. 15. J. de legat. 2. 20. [e] §. 15. J. l. c. L. 6. §. 1. D. l. c. [f] L. 1. §. 5. D. eod. [g] L. 11. D. eod.

[a] L. 76. §. 1. D. de legat. II. L. 29. §. 2. L. 34. §. 2. D. de legat. III. L. 14. Cod. de hered. instit. 6. 24. cf. §. 580. not f. g. [b] §. 20. J. de legat. 2. 20. De peculio legato. 33. 8.

[1] L. 84. §. 9. 11. D. de legat. I. L. 3. §. 1. Cod. commun. de legat. 6. 43. §. 491. Anm. 4. a. E.

ich um Sachen oder Rechte aus der Erbschaft handelt, dem Vermächtnißnehmer, bei andern Auflagen eher dem Verpflichteten beizulegen [b]. Ein Wahlvermächtniß im engeren Sinn, optio vel electio legata [c], ist es, wenn dem Vermächtnißnehmer ausdrücklich die Wahl unter Sachen einer Gattung gegeben ist; er kann darnach unter den dahin gehörenden Sachen der Erbschaft unbeschränkt wählen, welche ihm beliebt [d], während er sonst bei dem Vermächtniß einer Gattungssache (§. 570.) zwar auch im Zweifel die Wahl unter den vorhandenen Sachen hat [e], aber doch nicht unbillig gerade die beste aussuchen soll, wie auch umgekehrt der wahlberechtigte Erbe in solchem Fall nicht gerade die schlechteste hergeben darf [f].

Ueberall kann der Wahlberechtigte nur einen Gegenstand ganz, nicht Theile des einen und des andern, fordern oder geben [g]. Das Wahlrecht geht mit dem Vermächtniß [3] auch auf die Erben des Vermächtnißnehmers über [h]; unter mehreren Erben, wie unter Collegataren, die sich über die Wahl nicht vereinigen können, entscheidet das Loos [i]. Zur Ausübung des Wahlrechts kann dem Vermächtnißnehmer auf Antrag eines dabei Betheiligten eine Frist gesetzt werden, deren Versäumung den Verlust des Vermächtnisses zur Folge haben kann [k]. Ist einem Dritten die Wahl überlassen und dieser stirbt vorher oder verzögert die Wahl über ein Jahr, so kann der Legatar selbst wählen [l].

Ein alternatives Vermächtniß kann so beschaffen seyn, daß die Zeit des Anfalls für jeden einzelnen Gegenstand an sich verschieden wäre; so z. B. wenn der eine bedingt, der andere unbedingt, oder wenn Eigenthum einer Sache und Nießbrauch einer andern wahlweise vermacht ist. Hier tritt der Anfall erst ein, wenn für beide dies cedit [m]; wenn aber durch den Tod des Legatars die eine Alternative wegfällt, so wird eben dadurch für die andere der Anfall entschieden, und geht somit das Vermächtniß auf den Erben

[b] Cf. α) L. 34. §. 14. D. de legat. I. L. 23. D. de legat. II. §. 22. J. de legat. II. 20. L. 108. §. 2. D. de legat. I. L. 1. Cod. commun. de legat. I. β) L. 109. §. 1. D. l. c. L. 15. 19. D. de legat. II. L. 43. §. 3. eod. L. 29. §. 1. D. de legat. III. §. 203. not. f. [c] Dig. de optione vel electione legata. 33. 5. [d] L. 2. pr. D. l. c. §. 23. J. de legat. 2. 20. [e] §. 22. J. l. c. [f] L. 37. pr. 110. D. de legat. I. [g] L. 8. §. 2. D. eod. L. 15. D. de legat. II. [h] §. 23. J. cit. L. 19. D. h. t. 33. 5. L. 12. §. 7. D. quando dies. 36. 2. [i] §. 23. cit. L. 3. pr. Cod. commun. de legat. 6. 43. cf. L. 25. §. 17. D. fam. erc. 10. 2. [k] L. 8. pr. 13. §. 1. L. 17. D. h. t. 33. 5. cf. L. 6. 7. eod. [l] L. 3. §. 1. Cod. l. c. [m] L. 14. pr. 16. pr. 25. pr. D. quando dies. 36. 2.

über [n]. Der Wegfall des Vermächtnisses bezüglich des einen Gegenstandes schließt nämlich überall nicht den Bestand desselben bezüglich des andern Gegenstandes aus [o].

Anm. [1] Einen verwandten Fall betrifft L. 37. §. 1. D. de legat. I. de certo fundo sensit testator nec appareat, de quo cogitavit: electio heredis erit, quem velit dare. cf. L. 39. §. 6. eod.

[2] Nach älterem Recht war auch hier der Unterschied zwischen Vindicationis- und Damnationslegat von Einfluß; bei diesem, und ebenso beim Fideicommiß hatte im Zweifel der Onerirte die Wahl (not. b. β.), bei jenem der Legatar (not. b. α.). Nach Justinianischem Recht kann nun die Form des Vermächtnisses nicht mehr entscheiden; aber das scheint noch erheblich, ob das Vermächtniß bloß eine persönliche Verpflichtung des Erben oder auch eine dingliche Klage begründe. So erklärt sich die Aufnahme der Stellen in not. b., und insbesondere der L. 108. §. 2. cit. Cum homo Titio legatus esset, quaesitum est, utrum arbitrium heredis est, quem velit dandi, an potius legatarii. Respondi, verius dici, electionem eius esse, cui potestas sit, qua actione uti velit (id est legatarii). Diese Stelle setzte ein Vermächtniß in Form eines Vindicationslegats voraus, das entweder mit einem Damnationslegat verbunden war *(Titio hominem do lego eumque heres damnas esto dare)*, oder mit welchem doch ex Sc. Neroniano wegen der Ungewißheit seiner Gültigkeit als Vindicationslegat der Legatar zwischen Vindication und persönlicher Klage die Wahl hatte. cf. L. 83. 84. §. ult. L. 85. D. de legat. I. Gai. II. 197. Arndts im Rtslex. S. 281. Nach Justinianischem Recht hat nun der Legatar diese Wahl immer, aber auch nur dann, wenn das Vermächtniß eine Sache der Erbschaft betrifft (§. 558.), und nur in diesem Fall ist ihm denn auch jene Befugniß beizulegen. Bei dem genus legatum, worauf sich L. 108. §. 2. cit. wie §. 22 J. h. t. zunächst beziehen, ist es ohnehin handgreiflich, daß man, wenn die Erbschaft keine Sachen der Art enthält, sofern es dann überhaupt gültig ist, doch nicht dem Legatar die Wahl geben kann.

[3] Bei dem legatum optionis war Regel, daß der Legatar selbst wählen müsse, was erst nach Antretung der Erbschaft gültig geschieht. L. 16. D. h. t. Daher ging das Legat nicht auf die Erben über, wenn jener vor Antretung der Erbschaft oder erklärter Wahl starb. Dies hat Justinian abgeändert (not. i).

III. Vom Universalvermächtniß [a].

A. Begriff und Voraussetzungen.

§. 580.

Ein Universalvermächtniß ist dasjenige, welches die Restitution der Erbschaft des Vermächtnißgebers oder eines aliquoten Theils

[n] L. 14. §. 1. eod. [o] L. 84. §. 11. D. de legat. I.

[a] Inst. de fideicommissariis hereditatibus. 2. 23. Dig. ad Sc. Trebellianum. 36. 1. Cod. ad Sc. Treb. 6. 49.

derselben zum Inhalt hat und demzufolge für den Vermächtnißnehmer eine durch den Vermächtnißträger vermittelte Universalsuccession oder mittelbare Erbfolge begründet [1]. Es kann nur dem auferlegt werden, der selbst als Universalsuccessor zum Nachlaß des Vermächtnißgebers berufen ist, zunächst dem Erben, oder wer gleich ihm unmittelbar in den Nachlaß succedirt [b], sodann auch, vermöge fideicommissarischer Substitution (§. 548.), demjenigen, dem ein solches Vermächtniß hinterlassen ist [c]. Der Erbe, dem es auferlegt ist, heißt fiduciarius heres [d], Fiduciar; den Vermächtnißnehmer nennt man fideicommissarius heres [e], Universalfideicommissar; soll dieser wiederum einem Andern restituiren, so erscheint er in dieser Beziehung ebenfalls als Fiduciar. Nicht hieher gehört es, wenn dem Erben auferlegt ist, die Erbschaft eines Dritten zu restituiren [f]; wenn jedoch diese als dem Erblasser zugefallene Erbschaft Gegenstand des Vermächtnisses ist, so wird dies analog dem Fideicommiß eines aliquoten Theils der eigenen Erbschaft behandelt [g]. Dagegen kann andererseits durch den Willen des Erblassers auch bei dem seine eigene Erbschaft betreffenden Vermächtniß [2] die regelmäßige Wirkung eines Universalvermächtnisses ausgeschlossen werden [h].

Anm. [1] Diese Wirkung wurde zuerst dem Fideicommiß solchen Inhalts durch das Sc. Trebellianum beigelegt, worüber Ulpian in L. 1. §. 1. 2. D. h. t. berichtet: Factum est enim Sc. temporibus Neronis, VIII. Cal. Sept., Annaeo Seneca et Trebellio Maximo consulibus. §. 2. Cuius verba haec sunt: *Cum esset aequissimum, in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his eos subire, in quos ius fructusque transferetur, potius quam cuique periculosam esse fide suam, placet et actiones, quae in heredes heredibusque dari solent, eos neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum, sicuti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates.* Andere Bestimmungen darüber stellte das Sc. Pegasianum (unter Vespasian) auf, wornach denn ein solches Fideicommiß bald ex Scto Trebelliano Universalsuccession bewirkte, bald ganz andere Folgen hatte. Aber dem Kaiser Justinian gefiel es für alle Fälle, exploso Sc. Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano Scto praestare, ut ex eo fideicommissariae hereditates restituantur, und diesem zugleich ihm ganz fremde Bestimmungen des

[b] §. 10. J. h. t. 2. 23. cf. L. 114. §. 2. D. de legat. I. [c] §. 11. J. l. c. L. 1. §. 8. L. 55. §. 2. D. h. t. 36. 1. [d] L. 46. eod. cf. L. 9. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. [e] Cf. rubr. J. h. t. (not. a.). L. 91. D. ad leg. Falcid. 35. 2. [f] L. 27. §. 8...10. D. h. t. cf. §. 578. [g] L. 16. §. 5. eod. [h] Cf. L. 23. 26. §. 2. L. 27. 104. §. 7. D. de legat. I. L. 8. §. 5. L. 9. D. de legat. II. L. 22. §. 5. D. h. t. 36. 1.

jüngern Senatsbeschlusses zuzuschreiben, die nun alle unter der Rubrik ad senatusconsultum *Trebellianum* vorkommen. §. 7. J. h. t. cf. §. 4...6. eod. Gai. II. 252...258. Mayer d. L. v. d. Legaten §. 10...13.

[a] Nach altem Recht gab es neben dem Fideicommiß der Erbschaft ein sog. legatum partitionis (partitio legata), wodurch dem Erben auferlegt wurde, die Erbschaft mit einem Andern nach gewissem Verhältniß zu theilen. Gai. II. 254. Ulp. XXV. 15. cf. §. 5. J. h. t. 2. 23. Dies erzeugte für den legatarius (partiarius) keine successio in universum ius; vielmehr konnte der Erbe denselben auch bloß mit der Zahlung der Aestimatio seines Antheils abfinden (not. h.). Man streitet nun darüber, ob nach Justinianischem Recht (§. 541. Anm. 2.) dies auch noch vorkomme? Die Möglichkeit läßt sich nicht bestreiten, daher auch die Aufnahme der Stellen in not. h.; aber nicht nur die Vermächtnißform ist es, die über seine Wirklichkeit entscheidet, sondern der erklärte Wille des Erblassers; im Zweifel ist nun jede Auflage, die Erbschaft mit einem Andern zu theilen, als Universalfideicommiß zu behandeln. L. 19. §. 1. D. h. t. 36. 1. Bang. §. 556. Arndts im Rtslex. VI. S. 322 f. Mayer a. a. O. S. 50...52.

§. 581.

Ueber die Voraussetzungen des Universalvermächtnisses gelten übrigens die allgemeinen Bestimmungen von Vermächtnissen überhaupt. Die Errichtung kann in Form des Gebots oder der Bitte, ausdrücklich oder stillschweigend, verfügt seyn. Insbesondere wird es als Anordnung eines Universalfideicommisses angesehen, wenn dem Erben aufgegeben ist 1) mit einem Andern zu theilen [a], oder Gemeinschaft zu halten, wobei freilich Bedingung ist, daß auch der Andere sein Gut gemeinschaftlich zu machen bereit sey [b], oder 2) sich mit bestimmten Vermögensgegenständen zu begnügen, zum Vortheil der Miterben oder Intestaterben [c], oder 3) eine bestimmte Person zum Erben einzusetzen oder derselben sonst sein Vermögen zuzuwenden [d], oder 4) kein Testament zu errichten zu Gunsten der Intestaterben des Erben [e]. Eine Erbeinsetzung kann durch die Codicillarclausel in eine Universalfideicommiß sich verwandeln (§. 548.), und die Pupillarsubstitution in einem Codicill wird auch ohnedies als solches aufrecht erhalten [f].

Die Errichtung des Universalfideicommisses kann wie die eines andern Vermächtnisses unter Nebenbestimmungen geschehen. Hat ein Ascendent dem Descendenten nach dessen Ableben die Erbschaft zu

[a] L. 19. §. 1. D. h. t. 36. 1. [b] L. 78. pr. eod. [c] L. 69. pr. D. de legat. II. cf. §. 494. not. e. f. [d] L. 17. pr. D. h. t. cf. L. 77. §. 25. L. 88. §. 16. D. de legat. II. [e] L. 74. pr. D. h. t. cf. L. 77. §. 24. D. de legat. II. [f] L. 76. D. h. t.

reſtituiren auferlegt, ſo wird als ſtillſchweigende Bedingung angenommen, daß der letzte ohne Kinder verſterbe [g].

B. Recht des Univerſalvermächtniſſes.

§. 582.

Das Recht des Vermächtniſſes wird in dieſem wie in andern Fällen nach §. 550. von ſelbſt erworben, wenn dies fideicommissi cedit, und geht dann auch auf die Erben über [a]. Es beſteht zunächſt in dem Anſpruch auf Reſtitution der Erbſchaft oder des Erbtheils, welcher geltend gemacht werden kann, wenn dies legati venit. Häufig iſt dies bis zum Tode des Fiduciars hinausgeſchoben, und das gilt auch, wenn die Zeit der Reſtitution dem Willen des Fiduciars anheimgegeben iſt, falls er nicht aus freien Stücken früher reſtituirt [b]. Das Recht des Univerſalvermächtniſſes kann aber auch geltend gemacht werden, wenn der Fiduciar ſich weigert, die Erbſchaft anzunehmen, und unter Umſtänden auch, wenn er aus anderem Grunde nicht Erbe geworden iſt. Die Folgen ſind in dieſem Fall verſchieden, und anders iſt wiederum der Fall eines ſucceſſiven Univerſalfideicommiſſes beſchaffen. Daher iſt zu unterſcheiden:

1) Wenn der Fiduciar freiwillig die Erbſchaft annimmt.

§. 583.

a) Verbindlichkeit des Fiduciars.

Der Fiduciar iſt verbindlich, dem Fideicommiſſar die Erbſchaft (ganz oder zum Theil) zu überlaſſen, was zunächſt durch eine gewöhnliche Willenserklärung an denſelben oder ſeinen Bevollmächtigten geſchieht [a], und ſodann die Herausgabe der darin begriffenen Vermögensgegenſtände mit ſich bringt, wozu auch die vor Antretung der Erbſchaft hinzugekommenen Früchte gehören [b]. Der Fiduciar haftet in dieſer Beziehung für dolus und lata culpa, und, wenn er nur theilweiſe reſtituirt, für diligentia quam suis rebus [c], nach eingetretenem Verzug für allen Schaden und ſo auch insbeſondere für Erſatz aller Früchte [d]. Eine Veräußerung durch den

[g] L. 30. Cod. de fideicomm. 6. 42. L. 6. Cod. de impub. et al. subst. 6. 25. cf. L. 102. D. de cond. et dem. 35. 1.

[a] L. 25. pr. L. 46. D. h. t. 36. 1. L. 21. Cod. de fideicomm. 6. 42. [b] L. 41. §. 13. D. de legat. III.

[a] L. 37. pr. §. 2. L. 38. 40. §. 2. L. 41. 42. 66. §. 1. D. h. t. [b] L. 27. §. 1. in f. eod. [c] L. 22. §. 3. eod. [d] L. 18. 27. §. 1. L. 44. §. 1. eod. not. b.

Fiduciar ist nichtig [o], ausgenommen, wenn der Erblasser sie gestattet [f] oder der Fideicommissar zugestimmt hat [g], wenn sie zur Bezahlung von Erbschaftsschulden [h] oder zur Erhaltung des Vermögens, weil die Sache sich nicht aufbewahren läßt, nothwendig ist [i], und wenn ein Kind des Erblassers als Erbe den Nachlaß anzugreifen genöthigt ist, um eine angemessene Heirathsausstattung zu gewinnen [k]. Ist das Fideicommiß auf dasjenige beschränkt, was beim Tode des Fiduciars noch vorhanden seyn werde (quidquid supererit ex hereditate), so soll der Fiduciar drei Viertheile nach Belieben verbrauchen (jedoch nicht auf den Todesfall darüber verfügen), das letzte Viertheil aber nur im Fall der Noth oder zum Loskauf von Gefangenen angreifen dürfen [l].

Uebrigens begreift die Restitution der Erbschaft oder des Erbtheils nicht, was der Fiduciar nicht aus der Erbschaft erhalten hat [m] oder nicht als Erbe [n], auch nicht die Prälegate, sofern sie auf dem Erbtheil der Miterben lasten [o], und, wenn eben nur ein Erbtheil Gegenstand des Fideicommisses ist, auch nicht den anwachsenden Erbtheil eines Miterben [p]. Auch behält der Erbe die Früchte von Antretung der Erbschaft an, bis er in Verzug gesetzt ist [q]. Der Wille des Erblassers kann aber den Gegenstand der Restitution noch mehr beschränken, z. B. durch Vorbehalt gewisser Vermögensgegenstände [r], oder erweitern, z. B. in Betreff der Früchte [s], oder auch auf alles, was der Fiduciar von ihm empfängt, worin denn auch die Prälegate begriffen sind [t], nicht aber was ihm durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden zugewandt ist [u] oder ihm von Rechtswegen gebührt [v].

§. 584.

b) Rechte des Fiduciars. Sog. quarta Trebellianica.

Der Erbe ist berechtigt, bis zum Eintritt der Fideicommißerbfolge die Erbschaft als Eigenthümer zu verwalten und deren Rechte

[o] L. 3. §. 2. 3. Cod. commun. de legat. 6. 43. [f] L. 70. §. 3. D. de legat. II. [g] L. 11. Cod. de fideicomm. 6. 42. [h] L. 38. pr. D. de legat. III. cf. L. 114. §. 11. D. de legat. I. [i] L. 22. §. 3. D. h. t. (not. c.) cf. L. 71. D. de legat. II. [k] L. 22. §. 4. D. h. t. cf. nov. 39. cap. 1. [l] nov. 108. cap. 1. cf. L. 54. D. h. t. L. 70. §. 3. L. 71. 72. D. de legat. II. [m] L. 59. in f. L. 62. D. h. t. [n] L. 72. eod. L. 14. §. 4. D. de cond. et dem. 35. 1. [o] L. 18. §. 3. D. h. t. [p] arg. L. 43. eod. [q] L. 18. pr. §. 2. L. 27. §. 1. eod. cf. not. b. d. [r] §. 9. J. h. t. 2. 23. [s] L. 8. pr. D. cit. not. q. [t] L. 3. §. 4. D. h. t. L. 16. Cod. de fideicomm. 6. 42. [u] cf. not. m. [v] L. 77. §. 12. D. de legat. II.

gegen jeden geltend zu machen, auch die Früchte derselben zu beziehen [a]. Wegen Verwendungen kann er nach Verhältniß Ersatz in Anspruch nehmen [b], und Abnahme eingegangener Verbindlichkeiten verlangen [c]. Er hat außerdem regelmäßig ein Recht darauf, daß ihm der vierte Theil der Erbschaft oder seines Erbtheils ungeschmälert übrig bleibe [1], und kann demnach erforderlichen Falls einen Abzug vom Fideicommiß machen [d]. Dieses Recht beruht lediglich in Anwendung des Falcidischen Gesetzes auf das Universalfideicommiß [e]. Demnach muß der Fiduciar regelmäßig alles und nur dasjenige, was er als Erbe hat, auf sein Viertheil sich einrechnen [f]; so aber auch [g], was er nach Verfügung des Erblassers von der Erbschaft, beziehungsweise seinem Erbtheil zurückhalten soll [2], dem eine vom Fideicommissar zu zahlende Summe gleichgestellt wird [h]; sodann, was er als Preis veräußerter Erbschaftssachen empfangen [i], und was er an Früchten vom Gegenstande des Fideicommisses seit Antretung der Erbschaft bis zu der Zeit, wo die Restitution gefordert werden konnte [3], gezogen hat [k]; nicht [4], was er zum Zweck der Erfüllung einer Bedingung empfangen [l], noch Prälegate, soweit sie auf den Erbtheil der Miterben [m] oder auch auf den an den Fideicommissar, der gleichsam Miterbe ist, zu restituirenden Erbtheil fallen [n].

Anm. [1] Eingeführt ist dies durch das Sc. Pegasianum; nach Justinians Verordnung (§. 580. Anm. 1.) nennt aber die neuere Terminologie dieses Viertheil quarta Trebellianica; in den Quellen wird es auch Falcidia genannt. — Die Ausnahmen der §§. 566. 567. kommen auch hier vor. Ungegründet aber ist die Behauptung (von Neuner, institutio ex re certa S. 117. fg.), daß nach nov. 1. cap. 2. bei einem Universalfideicommiß in Betreff der ganzen Erbschaft der Abzug der Quarta von selbst immer ausgeschlossen sey. Vgl. §. 564. Anm. 1.

[2] Verschiedene Auffassungen dieses Satzes s. bei Neuner, institutio ex re certa S. 94. fg. 107. fg. Bang. 6. Aufl. II. S. 568 fg. Vgl. auch Mayer a. a. O. S. 39. fg.

[3] L. 22. §. 2. D. h. t. Si heres post multum temporis restituat, cum praesenti die fideicommissum sit, deducta quarta restituet; fructus

[a] cf. §. 583. not. q. s. [b] L. 19. §. 2. L. 22. §. 3. in f. D. h. t. cf. L. 40. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 58...60. D. de legat. I. [c] L. 36. 69. D. h. t. [d] §. 5...9. J. h. t. 2. 23. [e] Gai. II. 254. L. 27. §. 10. L. 64. §. 3. D. h. t. [f] L. 91. D. ad. leg. Falcid. 35. 2. cf. §. 563. Anm. 2. [g] §. 9. J. h. t. L. 91. D. cit. cf. L. 58. §. 3. D. h. t. [h] L. 58. §. 3. L. 91. citt. cf. L. 93. D. ad leg. Falc. 35. 2. [i] L. 3. §. 3. D. h. t. [k] L. 18. §. 1. 2. L. 22. §. 2. L. 58. §. 5. D. h. t. L. 18. §. 1. D. ad leg. Falcid. 35. 2. cf. §. 583. not. b. d. q. s. L. 6. Cod. h. t. 6. 49. [l] L. 30. §. 7. D. ad leg. Falcid. 35. 2. [m] L. 86. eod. L. 24. Cod. fam. erc. 3. 36. [n] L. 86. D. cit.

enim, qui percepti sunt, negligentia petentis, non iudicio defuncti percepti videntur. Alia causa est, si sub conditione vel in diem rogatus fuerit; tunc enim quod percipitur summovet Falcidiam, si tantum fuerit quantum quartam facit et quartae fructus. Vgl. Vang. §. 536. Anm. a. E. — Kinder des Erblassers, die mit dem Universalfideicommiß beschwert sind, wenn auch zu Gunsten ihrer eigenen Descendenten, sollen nach L. 6. Cod. h. t. die Quarta non per imputationem redituum (licet hoc testator rogaverit vel iusserit) sed de ipsis rebus hereditariis erhalten. cf. cap. 16. X. de testam. 3. 26. Ob dies auch Anwendung finde, wenn die Kinder (nach canonischem Rechte: §. 563. not. g.) zuerst ihren Pflichttheil und dann von dem übrigen Vermögen die Trebellianische Quart in Anspruch nehmen? Seuffert §. 643. not. 5. Seuffert's Arch. II. 207. III. 353. IV. 67.

[a] Diese Frage ist sehr streitig, hauptsächlich wegen der schwierigen L. 81. D. ad leg. Falcid. (§. 563. Anm. 1.), verglichen mit: a) L. 86. eod. Titius testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit fideique eius commisit, ut hereditatem retenta quarta parte Secundae et Proculae restituat; eadem fratri quaedam praedia praelegavit. Quaesitum an Titius ea, quae praelegata sunt, etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est, restituere, an integra retinere debeat? Respondi, Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum; sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matrisfamiliae lex Falcidia inducetur. b) L. 24. Cod. fam. erc. Filium quem habentem fundum portionem hereditatis fratribus et quibusdam aliis sub conditione verbis precariis restituere sanxit testator; post eius conditionis eventum hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta, compensato praeterea quod a coheredibus vice mutua percepit, et si quid deest in supplementum deducto, quod a ceteris in eo fundo solvitur, supra quartam habens, reddere compellitur. Siehe darüber Vang. §. 536. und Vermächtniß von Prälegaten S. 500. fg., auch Reuner institutio ex re certa S. 111.

c) Wirkungen der Restitution.

§. 585.

In Folge der Restitution wird der Universalfideicommißar als Erbe behandelt, ausschließlich, wenn ihm dem Willen des Erblassers gemäß die ganze Erbschaft, zum Theil, wenn ihm nur ein Theil derselben restituirt ist, es sey nach Anordnung des Erblassers oder vermöge Abzugs der Trebellianischen Quart[a]. Er ist *num allein* oder zum Theil Eigenthümer der Erbschaftsachen[b] und kann seine alle Rechte der Erbschaft durch utiles actiones *geltend machen*,

[a] §. 4. 7. J. h. t. 2. 23. [b] L. 63. pr. D. h. t.

ſelbſt gegen den Fiduciar, wenn dieſer z. B. Schuldner des Erblaſſers war [c], ſein Recht der Erbfolge im Ganzen durch utilis oder fideicommissaria hereditatis petitio [d]; er kann auch andererſeits in demſelben Maße wie der Erbe von den Gläubigern belangt werden. Der Fiduciar aber gilt nun inſofern nicht mehr als Erbe; wenn er theilweiſe reſtituirt hat, gilt er als Miterbe des Fideicommiſſars; daher auch zwiſchen ihnen wie zwiſchen dem letzten und anderen Miterben und unter mehreren Univerſalcommiſſaren die Erbtheilungsklage ſtattfindet [e]. Hat der Fiduciar durch Vorbehalt oder auf andere Weiſe ſeine Quarta vollſtändig erhalten, ſo tritt der Fideicommiſſar als Univerſalſucceſſor ganz an ſeine Stelle; der Fiduciar iſt dann rückſichtlich des Empfangenen einem Vermächtnißnehmer zu vergleichen [f]. Hat er aber mehr, als der Erblaſſer angeordnet, reſtituirt, ſo iſt dies bezüglich des Ueberſchuſſes einer gewöhnlichen Veräußerung der Erbſchaft gleichzuachten [g], und auch die vor der Zeit erfolgte Reſtitution hat vorerſt nicht die regelmäßige Wirkung, erlangt ſie aber, und zwar rückwirkend, durch Genehmigung nach Eintritt der Reſtitutionszeit [h]. Uebrigens wird nöthigenfalls, wenn der Fiduciar ſich der Erklärung entzieht oder ohne Nachfolger geſtorben iſt, auch ohne Willenserklärung desſelben die Reſtitution der Erbſchaft mit den obigen Wirkungen als geſchehen angenommen [i].

Anm. Streitig iſt, ob nicht L. 1. Cod. commun. de legat. auch auf Univerſalvermächtniſſe zu beziehen und darnach der Uebergang dinglicher Rechte gleichwie bei Singularvermächtniſſen überall auch ohne Reſtitution ſtattfinde? Mayer v. d. Legaten §. 12. Dagegen Seuffert, das geſetzl. Veräußerungsverbot S. 40.

§. 586.

Die Erbſchaft oder der Erbtheil, welche den Gegenſtand des Univerſalfideicommiſſes bilden, können noch mit andern Vermächtniſſen beſchwert ſeyn. Hat der Erblaſſer nichts beſonderes darüber beſtimmt, ſo werden dieſe vom Fiduciar und Fideicommiſſar nach Verhältniß ihrer Erbtheile getragen [a], vom Fideicommiſſar allein, wenn der Fiduciar die ganze Erbſchaft, beziehungsweiſe den ganzen

[a] L. 27. §. 11. eod. [d] Dig. de fideicommissaria hereditatis petitione. 5. 6. [b] L. 27. §. 11. cit. L. 24. §. 1. L. 40. D. fam. erc. 10. 2. [f] §. 9. J. h. t. L. 63. §. 3. D. h. t. [g] L. 63. §. 3. cit. [h] L. 10. D. eod. [i] L. 7. §. 1. Cod. h. t. 6. 49. [a] L. 2. Cod. h. t. L. 1. §. 20. D. h. t. cf. L. 1. §. 19. L. 15. §. 1. D. ut legat. 36. 3.

Erbtheil restituirt [b]; jedoch kann auch der letzte in Anspruch genommen werden, sofern ihm mehr als der Betrag seiner Quarta in bestimmter Summe oder besondern Vermögensgegenständen vorbehalten ist und das Restituirte zur Deckung der Vermächtnisse nicht ausreicht [c]. Die Quarta wird dem Fiduciar auch durch andere Vermächtnisse nicht geschmälert; vielmehr sind diese wie das Universalfideicommiß dem Abzug unterworfen, um jene zu vervollständigen [d].

Anm. Ueber die verschiedenen Meinungen in Betreff der Repartition der Vermächtnißlast und die Ergänzung der Quarta vgl. Bang. §. 559.

§. 587.

2) Wenn der Fiduciar die Erbschaft nicht annimmt.

Weigert sich der Fiduciar die Erbschaft anzunehmen [a], so kann der Fideicommissar dieselbe ganz übernehmen. Er kann jenen zur Antretung und Abtretung der Erbschaft anhalten [b] oder es wird beides als geschehen angenommen, um das Fideicommiß nebst dem ganzen übrigen Inhalt des Testaments [c] aufrecht zu erhalten [1]. Der Fiduciar soll durchaus keinen Nachtheil davon haben [d], verliert aber auch die Vortheile, welche sonst die Antretung der Erbschaft ihm gewähren würde [e], insbesondere das Recht der Trebellianischen Quart, den Anspruch auf das ihm Vorbehaltene, das Recht der Anwachsung, und was sonst ihm nur vermöge des Erwerbes der Erbschaft zukommt [2]. Der Fideicommissar tritt mit völliger Ausschließung des Fiduciars in alle Rechte und Verbindlichkeiten der Erbschaft ein, gleich als ob er ihm substituirt wäre, und zwar für die ganze Erbschaft, beziehungsweise den ganzen Erbtheil, wenn gleich dem Erben nur die Restitution eines Theils auferlegt war [f]. Er muß denn auch die Vermächtnisse in demselben Maße wie der Fiduciar übernehmen [3], also mit Abzug der Quarta, soweit dieser dazu berechtigt war [g], nicht auch von Vermächtnissen, welche ihm selbst auferlegt sind [h]. Der Fiduciar kann sich übrigens eine Ueberlegungsfrist, ob er freiwillig antreten wolle, ertheilen lassen [i], und

[b] L. 2. D. h. t. 36. 1. cf. L. 3. §. 2. L. 16. §. 3. L. 51. eod. L. 8. Cod. h. t. [c] L. 1. §. 17. 21. D. h. t. [d] L. 2. 3. pr. §. 2. eod.

[a] L. 6. 9. §. 2. D. h. t. cf. L. 14. §. 1. eod. [b] L. 4. 5. 6. §. 5. eod. cf. L. 13. 14. §. 5...L. 16. eod. [c] L. 14. §. 3. eod. §. 6. J. h. t. 2. 23. [d] L. 11. pr. 27. §. 15. D. eod. [e] L. 14. §. 4. L. 27. §. 2. 14. L. 43. 45. eod. 55. §. 3. eod. [f] L. 16. §. 5. 9. eod. [g] L. 26. §. 9. L. 63. §. 11. L. 3. pr. §. 2. eod. [h] L. 55. §. 2. L. 63. §. 11. in f. eod. [i] L. 9. §. 1. eod.

dann, wenn auch einſtweilen gezwungen antretend, durch Erklärung vor Ablauf jener Friſt noch die Vortheile freiwilliger Antretung ſich erhalten [k]. Iſt er unter einer Bedingung eingeſetzt, deren Erfüllung in ſeinem Willen liegt, ſo wird bald die gleiche Leiſtung von Seiten des Fideicommiſſars für Erfüllung angenommen, bald dem Fiduciar die Erfüllung zugemuthet, wenn ſie nämlich für dieſen durchaus nicht beſchwerend iſt, bald auch dieſelbe ganz nachgelaſſen; regelmäßig iſt ſonſt von der Erfüllung der Bedingung, wie die Einſetzung des Fiduciars, ſo auch das Recht des Fideicommiſſars ſchlechthin abhängig [l].

Wie im Fall der Ablehnung des Fiduciars, ſo kann auch noch in folgenden Fällen der Fideicommiſſar anſtatt desſelben die Erbſchaft erlangen: 1) nach einem Soldatenteſtament, wenn der Fiduciar weggefallen iſt, der Teſtator aber jenem die Erbſchaft jedenfalls zuzuwenden Willens war [m]; 2) in gleichem Fall überall, wenn der Fiduciar beim Leben des Teſtators, ohne daß dieſer davon Kenntniß erhalten, geſtorben iſt [n]; 3) wenn derſelbe nach dem Erblaſſer geſtorben iſt, ohne die Erbſchaft erworben zu haben und ohne daß ein Anderer durch Transmiſſion an ſeine Stelle tritt [o]; 4) wenn er der Erklärung über Annahme oder Ablehnung der Erbſchaft ſich gänzlich entzieht [p].

Anm. [1] Der Zwang zur Antretung wurde ebenfalls durch das Sc. Pegasianum eingeführt. §. 6. J. h. t. Ueber die Vorausſetzungen und Wirkungen: Bang. §. 558. 559. vgl. Seuffert §. 545. not. 4. „Allein der Zwang beſteht in nichts anderem, als darin, daß die Antretung und Reſtitution (in contumaciam) als geſchehen angenommen wird. Für das praktiſche Recht iſt die Erwähnung dieſes fingirten Zwanges ganz unerheblich."

[2] Der Fiduciar behält gleichwohl, was ihm conditionis implendae causa gegeben iſt; L. 44. §. 4. 5. D. de cond. et dem. 35. 1.; auch Prälegate, falls nämlich Miterben antreten, und ſoweit jene auf deren Erbtheil laſten; arg. L. 17. §. 2. L. 18. 91. §. 2. D. de legat. I. cf. L. 18. §. 3. D. h. t. (die praeceptio in L. 55. §. 3. D. h. t. iſt nicht ein Prälegat, ſondern ein Vorbehalt vom Fideicommiß, cf. L. 27. §. 14. D. h. t.). Iſt dem Fiduciar ein Vermächtniß für den Fall, daß er nicht Erbe werde, gegeben, ſo muß ihm der Fideicommiſſar daſſelbe ganz entrichten, da die Miterben deficiente conditione davon befreit ſind. L. 11. pr. L. 27. §. 15. D. h. t. — Vgl. übrigens noch: a) L. 27. §. 1. eod. b) L. 42. §. 1. L. 55. pr. §. 3. eod. Bang. §. 558. Anm. 1. a. E.

[k] L. 71. eod. [l] L. 31. §. 2. L. 63. §. 7...10. eod. cf. L. 7. eod. [m] L. 13. §. 4. D. de testam. mil. 29. 1. [n] L. 14. D. l. c. [o] arg. L. 14. cit. L. 7. §. 1. Cod. h. t. 6. 49. [p] L. 7. §. 1. cit.

[a] Ist Mehreren das Universalfideicommiß hinterlassen, so treten die, nach Verhältniß der einem jeden von ihnen bestimmten Erbtheile, mit gleichem Rechte nebeneinander, auch wenn zuerst nur einer die Antretung und Abtretung der Erbschaft erwirkt hat. L. 1. §. 9. L. 16. §. 8. 9. L. 28. D. h. t.

§. 588.

3) Bei successivem Universalvermächtniß.

Ist einem Universalfideicommissar auferlegt, den Gegenstand seines Fideicommisses ganz oder zum Theil wiederum an einen Andern gelangen zu lassen, so geht auf den letzten, sobald dies fideicommissi venit, die mittelbare Erbfolge von selbst über, und jener ist verpflichtet, ihm die Vermögensgegenstände herauszugeben [a], und zwar, auch wenn er nach §. 587. ganz an die Stelle des Fiduciars getreten ist, ohne Berechtigung zum Abzug der Quarta [b] ausgenommen sofern und in dem Verhältniß als ihm selbst durch die Erben ein Abzug gemacht oder von diesem nur zu seinen Gunsten unterlassen worden ist [c]. Erwirbt der erste Fideicommissar das Vermächtniß nicht, so hat der zweite ohneweiters die Vermächtnißklage gegen den Erben, und so kann derselbe auch, wenn jener es unterläßt, in den Fällen des §. 587. das Recht des Universalfideicommisses mit gleicher Wirkung für sich geltend machen [d].

IV. Von Schenkungen auf den Todesfall [a].

§. 589.

Schenkung auf den Todesfall oder von Todes wegen, mortis causa donatio [1], ist eine Schenkung, deren rechtlicher Bestand nach dem Willen des Schenkers davon abhängig ist, daß er den Beschenkten nicht überlebe [b]. Sie kann in Bezug auf eine bestimmte Lebensgefahr oder überhaupt in Aussicht des künftigen Todes des Schenkers vorgenommen werden [c]; in jedem Falle wird sie krafflos, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt [d]; im ersten Falle regelmäßig auch, sobald nur der letzte jener Lebensgefahr entgangen ist [e]. Der Regel nach kann sie aber der Schenker jederzeit auch willkürlich widerrufen [f]. Außerdem wird durch dessen Tod ihre

[a] L. 1. §. 8. D. h. t. [b] L. 55. §. 2. eod. [c] L. 1. §. 19. eod. [d] L. 55. §. 2. in f. eod.

[a] Dig. de mortis causa donationibus et capionibus. 39. 6. Cod. de don. mortis causa. 8. 57. [b] L. 1. pr. L. 35. §. 2. D. h. t. cf. L. 27. eod. [c] L. 1. §. 1. §. 2. L. 35. §. 4. eod. [d] L. 27. 29. in f. 35. §. 2. eod. cf. L. 13. §. 1. eod. [e] L. 29. eod. [f] L. 16. 30. eod. cf. L. 35. §. 4. eod.

Wirksamkeit endgültig entschieden, sey es, daß dieser als aufschiebende, oder der frühere Tod des Beschenkten als auflösende Bedingung des Rechtsgeschäfts gesetzt ist [g]. Ihre Vornahme geschieht in gleicher Weise, wie die einer jeden andern Schenkung [h]; gerichtliche Verlautbarung aber ist, ob auch die Schenkung 500 Solidi übersteige, nicht erforderlich [i], wenn nur der Schenkungswille in der für Errichtung von Vermächtnissen erforderlichen Form erklärt worden ist [2].

Anm. [1] Ueber den Begriff vgl. a) L. 1. pr. D. h. t. Mortis causa donatio est, cum quis habere magis se vult, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum. b) L. 27. eod. Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio, et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio, ideoque inter viros et uxores non valet et ideo nec Falcidia locum habet, quasi in mortis causa donatione. c) L. 18. pr. eod. Mortis causa capimus non tunc solum, cum quis suae mortis causa nobis donat, sed et si propter alterius mortem id faciat, veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea conditione, ut, si convaluerit alteruter eorum, reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Maevium. d) L. 38. pr. eod. Inter mortis causa donationem et omnia, quae mortis causa quis ceperit, est earum rerum differentia. Nam mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat, at mortis causa capi intelligitur et quod non cadit in speciem donationis. L. 31. pr. eod. Mortis causa capitur cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit (L. 8. pr. eod. *„quidquid propter alicuius mortem obvenit“*), exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur. — Ueber die ganze Lehre vorzüglich Savigny Syst. IV. §. 170...174. vgl. Bang. §. 561...563.

[2] Eine sehr verbreitete Meinung ist, Justinian habe in L. 4. Cod. h. t. die Codicillarform als allgemeine und ausschließliche Form für alle Schenkungen auf den Todesfall eingeführt (neuerdings vertheidigt von Wiederhold in Linde's Ztschr. XV. S. 96. fg.). Dagegen Sav. S. 261. fg. Bang. §. 563. Unter diesen ist noch streitig, ob L. 4. cit. eben nichts anderes als die Codicillarform der Vermächtnisse auch auf Schenkungen dieser Art übertragen (Sav.) oder bloße Zuziehung von fünf fähigen Zeugen als Vertragsform angeordnet habe (Bang.).

§. 590.

Die Schenkung auf den Todesfall ist an sich verwandt dem Vermächtniß; es ist auch als Regel ausgesprochen, daß sie diesem gleichzustellen sey [a], und dies geschieht namentlich in Ansehung der

[g] L. 2. 29. 32. eod. [h] cf. L. 18. §. 1. 2. L. 24. 28. §. 1. 3. 4. L. 35. §. 5...7. eod. L. 11. §. 2...9. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. §. 80. not. h...k. §. 81. not. a. b. [i] L. 4. Cod. h. t. cf. pr. J. de donat. 2. 7. §. 81. not. g. h.

[a] L. 4. Cod. h. t. L. 37. pr. D. h. t.

Erwerbfähigkeit des Beschenkten [b], des Verhältnisses zu den Gläubigern des Schenkers [c], des Notherben- und Pflichttheilsrechts [d], der falcidischen Quart [e], des Anwachsungsrechts [f], der cautio Muciana [g] und conditio iurisiurandi [h], der cautio usufructuaria [i], des Vergleichs über Alimente [k], der Möglichkeit der Beschwerung mit Vermächtnissen [l], der Fähigkeit des Filiusfamilias zu deren Errichtung aus dem castrense peculium [m], und ihrer Ungültigkeit wegen capitis damnatio des Schenkers [n]. Gleichwohl ist sie nicht wesentlich verschieden vom Vermächtniß; sie ist keine Gabe aus der Erbschaft, unabhängig von der Antretung derselben [o], und von der Verpflichtung einer bestimmten damit beschwerten Person [p], nicht bedingt durch Testamentifactio des Schenkers und Beschenkten, nicht geeignet zur Begründung des interdictum quod legatorum oder einer Universalsuccession [s], und wird nicht verwirkt durch Anfechtung des Testaments [t]. Auch wird die Schenkung einer Person anders wie das Vermächtniß einer solchen, als eine angesehen.

Anm. Vgl. Bang. §. 562. „Der Grundgedanke ist . . . daß überall, wo der eigenthümliche Begriff der m. c. donatio als einer vom Erblasser selbst ohne Vermittelung einer Zwischenperson ausgehenden und nicht erst aus der Herstellung bewerkstelligten Vermögensvermehrung, entscheidend eingreift, die Legatentheorie gänzlich ausgeschlossen ist." Vgl. Mayer a. a. O. §. 14.

Drittes Capitel.

Von Erbansprüchen gegen den letzten Willen des Erblassers.

§. 591.

Die Willkür des Erblassers in Verfügung über seinen Nachlaß unterliegt einer Beschränkung durch das besondere Recht gewisser

[b] L. 9. 22. 35. pr. D. eod. [c] L. 17. eod. [d] L. 1. §. 1. D. si quid in fraud. patroni. 38. 5. L. 3. pr. L. 5. §. 7. L. 20. pr. D. de legat. praest. 37. 5. [e] L. 2 Cod. h. t. 8. 57. L. 5. Cod. ad leg. Falcid. 6. 50. cf. L. 42. §. 1. D. h. t. [f] L. 22 §. 11. Cod. de cad. toll. 6. 51. [g] nov. 22. cap. 44. [h] L. 8. §. 3. D. de rer. instit. 28. 7. [i] L. 1. §. 2. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. cf. L. 7. Cod. ut in poss. legat. 6. 54. [k] L. 8. §. 1. D. de transact. 2. 15. [l] L. 1. Cod. h. t. L. un. §. 1. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 77. §. 1. D. de legat. II. [m] L. 15. D. h. t. [n] L. eod. L. 32. §. 7. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. [o] L. 2. in f. D. h. t. [p] L. 2 eod. [q] L. 25. §. 1. eod. cf. L. 7. §. 4. D. de donat. 39. 5. cf. L. 7. §. 6. eod. L. §. 1. D. de tut. act. 27. 3. L. 32. §. 8. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. [r] L. §. 5. D. quod legat. 43. 3. [s] L. 42. pr. D. h. t. cf. §. 32. not. a. [t] L. 5. § 6 D. de his quae ut indign. 34. 9. [u] L. 35. §. 7. D. h. t.

Personen, welche gesetzlich auf Erbeinsetzung oder wenigstens auf Hinterlassung eines gewissen Theils des Erbvermögens Anspruch haben. Man nennt sie Notherben (im weitern Sinn), oder auch in der letzten Beziehung insbesondere Pflichttheilsberechtigte, im ersten Fall Notherben (im engern Sinn), und den Inbegriff der betreffenden Rechtsvorschriften nennt man das Notherbenrecht, oder Pflichttheils- und Notherbenrecht. Solches Recht haben unter verschiedenen Voraussetzungen und in verschiedener Weise 1) Kinder und Aeltern oder Descendenten und Ascendenten, 2) Geschwister, 3) die dürftige Wittwe, 4) der unmündig Arrogirte.

Anm. Neuere Bearbeitungen dieser Lehre: Bluntschli, Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen. Bonn 1829. Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilberechtigten. Göttingen 1831. Mühlenbruch, in der Fortsetzung von Glück's Erläutr. Bd. 35. S. 119. bis Bd. 38. S. 117. (vgl. das. Bd. 6. S. 527. fg. Bd. 7. S. 1. fg.). Arndts, Pflichttheils- und Notherbenrecht, im Rtslex. VIII. S. 79...170. In den Lehrbüchern findet sich diese Lehre meistens in oder nach der Lehre von der testamentarischen Delation der Erbschaft eingeschoben, z. B. bei Puchta §. 485...494. Vang. §. 467...489. Anders dagegen und angemessener z. B. Blume Grundriß B. V. Cap. 3. Seuffert §. 651...664.

I. Recht der Kinder und Aeltern.

§. 592.

Kinder und Aeltern haben gegenseitig Anspruch zugleich[a] auf Erbeinsetzung (sog. formelles Notherbenrecht) und auf einen Pflichttheil (sog. materielles Notherbenrecht), vorausgesetzt: 1) daß sie überhaupt zu den nach §. 474...477. in der ersten oder zweiten Classe als Descendenten oder Ascendenten zur gesetzlichen Erbfolge berechtigten Personen gehören[b], mit Ausschluß des unvollkommen Adoptirten bezüglich der Erbschaft des Adoptirenden, und des vollkommen Adoptirten, so lange die Adoptivverwandtschaft besteht, im Verhältniß zum leiblichen Vater[c], sowie umgekehrt des letzten im Verhältniß zu jenem[1]; 2) daß sie auch im vorliegenden Fall zunächst als gesetzliche Erben berufen[d], nicht durch nähere wenn auch nicht pflichttheilsberechtigte Intestaterben ausgeschlossen seyn würden[2]; 3) daß ihre Ausschließung nicht dem Gesetze gemäß durch einen

[a] nov. 115. cap. 3. pr. cap. 4. pr. [b] L. 6. pr. L. 29. §. 1. 3. D. de inoff. test. 5. 2. [c] L. 10. Cod. de adopt. 8. 48. [d] arg. L. 6. §. 1. L. 8. §. 8. D. de inoff. test. 5. 2. nov. 115. cap. 3. 4. in f. cf. §. 593. 599.

Enterbungsgrund gerechtfertigt sey [c]. Außerdem findet dies Recht nicht statt gegen ein Soldatenteſtament [3], ſoweit es als ſolches beſteht [f], und gegen ein Pupillarteſtament [g].

Anm. [1] Manche ſind anderer Meinung wegen L. 30. pr. D. l. c. (Vgl. §. 474. 2. b.), vorausſetzend, daß hier das Adoptivverhältniß als fortdauernd gedacht ſey.

[2] Puchta §. 488. not. f. erfordert nur, daß kein Pflichttheilsberechtigter vorhanden ſey, der ein näheres Inteſtaterbrecht hat. Dagegen Mühlenbruch Bd. 33. S. 140. fg. Arndts S. 123.

[3] Nicht daſſelbe gilt von jedem Teſtament des Sohnes über bona castrensia vel quasi. Nov. 115. cap. 4. pr. nov. 123. cap. 19. cf. L. 37. Cod. de inoff. test. 3. 28.

A. Pflichttheilsrecht der Kinder und Aeltern [a].

§. 593.

1) Größe und Berechnung des Pflichttheils.

Der Pflichttheil, portio legitima, iſt ein Theil des Vermögensbetrages desjenigen Erbtheils, welchen der Berechtigte als geſetzlicher Erbe erhalten würde, portio portionis ab intestato debitae [b], und zwar [c] ein Drittheil oder die Hälfte, je nachdem in Inteſtaterbfolge höchſtens in vier oder in mehr als vier Theile getheilt [1]. Sowohl um hierüber zu entſcheiden, als um die Größe des geſetzlichen Erbtheils zu ermeſſen, kommen alle diejenigen in Betracht, welche bei der geſetzlichen Erfolge als Miterben den Pflichtheilsberechtigten beſchränken würden [d], alſo namentlich auch der rechtmäßig enterbte [2]. Die Berechnung des Vermögensbetrags des Pflichttheils geſchieht mit Rückſicht auf den Stand des Vermögens zur Todeszeit des Erblaſſers [e], nach Abzug der Schulden und Leichenkoſten [f], mit Einrechnung desjenigen, was erſt durch den Tod des Erblaſſers unwiderruflich Jemanden aus deſſen Vermögen erworben wird [g]. Der Berechtigte kann deßhalb die Aufnahme eines gehörigen Vermögensverzeichniſſes verlangen, ohne durch Schätzung des Erblaſſers ſelbſt, wenn ſie auch eidlich bekräftigt iſt, gebunden zu ſeyn [h].

[a] nov. 115. cap. 3. 4. cf. §. 602. [b] §. 6. J. de exhered. lib. 2. 13. L. 8. §. 3. 4. D. de inoff. test. 5. 2. L. 9. 24. Cod. eod. 3. 28. cf. L. 9. 10. Cod. de test. mil. 6. 21. [c] L. 8. §. 5. D. l. c. cf. §. 497.

[a] Inst. de inofficioso testamento. 2. 18. Dig. 5. 2. Cod. 3. 28. [b] L. 8. §. 8. D. h. t. L. 31. Cod. eod. §. 3. J. h. t. [c] nov. 18. cap. 1. [d] L. 8. §. 8. D. h. t. [e] L. 6. Cod. h. t. cf. L. 44. §. 2. D. de bon. lib. 38. 2. §. 2. J. de lege Falcid. 2. 22. [f] L. 8. §. 9. D. h. t. cf. §. 3. J. l. c. [g] L. 5. 12. Cod. ad leg. Falcid. 6. 50. [h] arg. nov. 48. cap. 3.

Anm. [1] Bis zur nov. 18. (not. c.) war der Pflichttheil immer nur quarta pars debitae portionis (not. b.). Dieses Gesetz aber bestimmte: ut si quidem unius est filii pater aut mater aut duorum vel trium vel quatuor, non triuncium eis relinqui solum, sed tertiam propriae substantiae partem... Si vero ultra quatuor habuerit filios, mediam eis totius substantiae relinqui partem...; am Ende hinzufügend: hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est. Darnach sind wohl Zweifel erhoben worden: a) ob diese Neuerung auch auf den Pflichttheil der Aeltern zu beziehen sey? b) ob der Pflichttheil jetzt noch als Theil des Intestaterbtheils jedes einzelnen Pflichttheilsberechtigten anzusehen sey? Mit Recht hat die herrschende Meinung beide Fragen stets bejaht: vgl. zu a) nov. 89. cap. 12. §. 3., zu b) §. 7. J. h. t. 2. 18. nov. 22. cap. 48. §. 1. in f. nov. 39. cap. 1. Sehr verschieden aber sind noch jetzt die Meinungen darüber, wie nun der Pflichttheil für Enkel oder Urenkel zu bestimmen sey, welche allein oder zusammen mit Kindern des ersten Grades die nächsten Erben wären? Bang. §. 475. Anm. 1. Arndts S. 127. fg. Riebel in Linde's Ztschr. n. F. VIII. 8.

[2] Daher die Regel: exheredatus partem facit ad minuendam, numerum facit ad augendam legitimam. Dasselbe gilt von andern Concurrenten bei der Intestaterbfolge, die nicht zugleich pflichttheilsberechtigt sind, z. B. dem unvollkommen adoptirten Kinde, oder Geschwistern als Miterben der Aeltern; auch von der dürftigen Wittwe. Dagegen wird nicht mehr gezählt, wer schon beim Leben des Erblassers (nach heutigem Recht) gültig auf sein Erbrecht verzichtet hat.

2) Hinterlassung des Pflichttheils.

§. 594.

Der Pflichttheil kann dem Berechtigten sowohl durch Vermächtnisse und Schenkungen auf den Todesfall als durch Erbeinsetzung hinterlassen werden [a]. Alles, was ihm auf den Todesfall aus dem Vermögen des Erblassers zugewendet wird, muß er sich auf den Pflichttheil anrechnen lassen; nicht, was er zwar durch Verfügung des Erblassers aber nicht als Gabe aus dessen Vermögen [b], oder was er zwar aus diesem Vermögen aber nicht durch Zuwendung des Erblassers erhält [c], auch nicht [d], was ihm nachträglich durch Substitution oder Anwachsungsrecht zukommt [1]. Ob das Hinterlassene den Pflichttheil erfülle [2], ist nach dessen Werthe zur Todeszeit zu bemessen [e]. Aber auch die Schenkung unter Lebenden, die mit dieser Bestimmung gegeben war, wird in den Pflichttheil eingerechnet [f], sodann die dos oder donatio propter nuptias [g], welche

[a] §. 6. J. h. t. 2. 18. L. 8. §. 6. D. h. t. L. 33. pr. Cod. h. t. cf. L. 36. pr. eod. [b] cf. L. 36. 38. D. de m. c. donat. 39. 6. [c] arg. L. 36. pr. in f. Cod. h. t. 3. 28. [d] L. 36. pr. cit. [e] L. 36. pr. cit. [f] §. 6. J. h. t. 2. 18. L. 25. pr. D. h. t. L. 35. §. 2. Cod. h. t. [g] L. 29. Cod. h. t.

dem Berechtigten vom Erblasser als seinem Ascendenten bestellt war[3]; diese Gegenstände sind dann aber auch bei Berechnung des Betrages des Pflichttheils mit in Anschlag zu bringen, als ob sie zur Zeit des Todes noch in der Erbschaft sich befänden [4].

Anm. [4] Ueber verschiedene Meinungen in Betreff dieses Punktes vgl. Arndts a. a. O. not. 228.

[2] Ueber den Fall insbesondere, wenn der Berechtigte schlechthin auf den Pflichttheil oder auf die dem Pflichttheil entsprechende Quote der Erbschaft eingesetzt ist: Arndts das. not. 225.

[3] Nach R. R. auch noch der Werth eines käuflichen Dienstes (militia), der dem Pflichttheilsberechtigten vom Erblasser verschafft war: L. 30. §. 2 Cod. h. t. 3. 28. (§. 529. Anm. 1.). Ohne Grund dehnen Manche diese Entscheidung in den Pflichttheil noch weiter aus, z. B. auf gewöhnliche Schenkungen, welche einem andern Pflichttheilsberechtigten dos oder donatio propter nuptias angerechnet wird, oder auf das zum Ankauf irgend einer Sache Gegebene, oder wenigstens auf alles, „was zum Ankaufe von Etwas, wodurch der Sohn befördert, ihm sein Fortkommen erleichtert wird, verwendet wurde.“ So Puchta Pand. §. 489. mit dem Zusatze: „dies können seyn käufliche Aemter oder geistliche Stellen, z. B. Canonicate, aber auch Sachen, z. B. eine Gewerbsgerechtigkeit, Landgut u. dgl.“ Vgl. dagegen L. 20. pr. Cod. de collat. 6. 20. Regula ut omnia, quae portioni quartae computantur, etiam ab intestato conferrantur, non e contrario tenebit... Ea enim tantummodo ex his, quae conferuntur, memoratae portioni computabuntur, pro quibus specialibus legibus, ut hoc fieret, expressum est. Die Collation empfiehlt sich durch die Billigkeit mit Rücksicht auf die Miterben; für die Beschränkung eines Erben auf seinen Pflichttheil und in Ansehung desselben spricht keine solche Rücksicht.

§. 595.

Was dem Notherben zur Befriedigung seines Pflichttheilsrechts beim Ableben des Erblassers gebührt, soll ihm sofort unverkürzt ohne Beschränkung und Belastung, gewährt werden. Eine beschränkende Nebenbestimmung (Bedingung, Zeitbestimmung, oder Auflage) bei einer letztwilligen Verfügung für den Pflichttheilsberechtigten ist ungültig, soweit dadurch die Entrichtung des Pflichttheils ins Ungewisse gestellt, verzögert oder in ihrer Wirkung verkürzt würde; sie gilt nur in Ansehung desjenigen, was die Verfügung über den Betrag des Pflichttheils gewährt [1]. Ist jenem die ganze Erbschaft als Fideicommiß von einem spätern Zeitpunkt an hinterlassen, so kann er die Entrichtung des Pflichttheils sofort, die Restitution des Uebrigen später fordern [b]; ist er selbst zum Erben eingesetzt und der

[a] L. 32. Cod. h. t. 3. 28. [b] L. 36. §. 1. Cod. h. t.

Nießbrauch der Erbschaft einem Andern vermacht, so erhält er den Pflichttheil frei vom Nießbrauch, der sich nur auf die übrigen Erbtheile beschränkt [c]; und so auch kann er, wenn ihm die Restitution der Erbschaft auferlegt ist, ohne Rücksicht auf den Fruchtgenuß der Zwischenzeit, die Pflichttheilsquote der Erbschaft rein und unbeschwert für sich behalten [d]. Indessen kann der Erblasser, indem er dem Notherben mehr als den Pflichttheil bestimmt, gültig verordnen, daß derselbe diesen Mehrbetrag nur dann erhalten solle, wenn er eine das Ganze betreffende Beschränkung oder Auflage sich gefallen lasse [2].

Anm. [1] L. 32. Cod. cit... Si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente eorum iura... imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcunque onus introducens tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset. Daher ist die bedingte Erbeinsetzung, insofern sie den Pflichttheil gewähren soll, als unbedingte wirksam, was jedoch nicht auf die Substitution Anwendung findet, die noch gar keine Hinterlassung des Pflichttheils enthält. Vgl. §. 594. not. d.

[2] Dies ist die sog. Socinische Cautel, cautela Socini, so genannt nach Marianus Socinus dem jüngern († 1556. in Siena), welcher die Zulässigkeit dieser Aushülfe in einem Gutachten ausführlich vertheidigt hat. Vgl. Koch, über die Socinische Cautel. Gießen 1786. Glück Bd. 7. S. 86. fg. Die Beschränkung kann auch darin bestehen, daß der Notherbe nicht Errichtung eines Inventars verlangen, widrigenfalls auf den Pflichttheil beschränkt seyn solle. Arndts a. a. O. S. 136.

3) Schutz des Pflichttheilsrechts.

§. 596.

a) Gegen Verletzung durch den letzten Willen.

Wenn einem Pflichttheilsberechtigten nicht der ganze Pflichttheil hinterlassen ist, ohne daß zugleich sein Anspruch auf Erbeinsetzung verletzt ist (§. 598.), so hat er eine persönliche Klage auf Ergänzung des Pflichttheils [a], actio ad supplendam legitimam, suppletoria s. expletoria [1], gegen die Erben [b], beziehungsweise Miterben, auch gegen den Universalfideicommissar, nach Verhältniß ihrer Erbtheile, gegen andere Notherben jedoch nur, insofern sie mehr

[c] nov. 18. cap. 3. [d] L. 32. Cod. cit. cf. L. 8. §. 11. D. h. t.

[a] §. 3. J. h. t. 2. 18. L. 30. pr. 36. pr. Cod. h. t. 3. 28. [b] nov. 115. cap. 5. pr.

als den Pflichttheil erhalten haben [2]. Die Klage ist zu vergleichen der Klage aus dem ausdrücklich angeordneten Vermächtniß des Pflichttheils [3], geht auch gleich dieser auf die Erben über [c], wird nicht ausgeschlossen durch Anerkennung des Testaments oder Annahme des darin Hinterlassenen, wenn nicht eine deutlich erklärte Verzichtleistung auf das Fehlende hinzukommt [d], und verjährt erst in 30 Jahren [4]. Als Miterbe kann der Pflichttheilsberechtigte seine Ergänzungsforderung auch im Erbtheilungsstreite geltend machen. Ist er allein zum Erben eingesetzt oder doch wenigstens auf die dem Pflichttheil entsprechende Quote der Erbschaft, so bedarf er der Ergänzungsklage nicht (§. 595.).

Anm. [1] Die Klage wird auch wohl condictio ex lege 30. Cod. de inoff. test. genannt. Vor diesem Gesetze Justinians erzeugte jede Schmälerung des Pflichttheils, wenn nicht der Erblasser ausdrücklich die Ergänzung angeordnet hatte, die querela inofficiosi testamenti, welche Rescission des Testaments bewirkte. Nun aber sollte in solchem Fall die Regel gelten: omnimodo, etsi non adiiciatur: *viri boni arbitratu repleri (debitam portionem)*, attamen ipso iure inesse eandem repletionem. L. 36. pr. Cod. h. t.

[2] Gegen die Meinung, daß andere Notherben nur, sofern sie auf mehr als ihren Intestaterbtheil eingesetzt sind, zur Ergänzung beizutragen haben (s. Francke S. 334. arg. L. 19. D. h. t. 5. 2.), vgl. Arndts S. 140.

[3] Manche stellen mit Puchta §. 489. a. E. den Satz auf: „Diejenige Klage, welche der Notherbe wegen des ihm ausdrücklich Hinterlassenen hat, erstreckt sich auch auf diese gesetzliche Ergänzung," wornach also die sog. actio suppletoria unter Umständen bald die wahre Vermächtnißklage bald auch hereditatis petitio sein könnte. Dieser Satz ist unhaltbar: Arndts a. a. O. S. 138.

[4] Nicht in fünf Jahren, wie die querela inofficiosi testamenti. Text entgegen steht L. 34. Cod. h. t., in welcher der Satz: *tunc etenim*... *competebat* als Parenthese auszuscheiden ist. Francke S. 335. fg.

§. 597.

b) Gegen Verletzung durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden.

Der Erblasser soll auch bei Lebzeiten nicht durch übermäßige Freigebigkeit gegen Andere den künftigen Anspruch seines Notherben auf einen gewissen Theil seines Vermögens schmälern oder vereiteln. Diesem wird daher 1) querela inofficiosae donationis gegeben, zur Anfechtung einer pflichtwidrigen oder lieblosen weil übermäßigen Schenkung des Erblassers (inofficiosa, immodica donatio), d. i.

[c] L. 34. Cod. eod. [d] L. 35. §. 2. eod.

[a] Cod. de inofficiosis donationibus. 3. 29. cf. L. 87. §. 3. D. de legat. III

einer Schenkung, die für sich allein oder in Zusammenrechnung mit andern vorhergehenden Schenkungen [b] so viel betrug, daß sie den Pflichttheil, nach dem Vermögensstande vor den fraglichen Schenkungen, nicht übrig ließ, vorausgesetzt, daß in Folge dessen der Notherbe beim Tode des Schenkers aus dessen Nachlaß, mit Inbegriff der ihm selbst gemachten Schenkungen, wirklich weniger erhält, als sein Pflichttheil ohne jene Minderung des Vermögens betragen würde [c]; die Klage geht gegen den Beschenkten oder dessen Erben, auf Rescission der Schenkung und Zurückgabe ihres Gegenstandes, soweit es dessen zur Beseitigung der Pflichttheilsverletzung bedarf [d]. Sodann hat derselbe 2) querela inofficiosae dotis [e], wenn die Verletzung des Pflichttheils durch Bestellung einer Dos bewirkt worden, gegen den Mann oder nach Auflösung der Ehe gegen den Rückempfänger der Dos, übrigens unter gleicher Voraussetzung und zu gleichem Zweck, wie die erste Klage.

Beide Klagen finden, gleich ihrem Vorbilde, der querela inofficiosi testamenti [f], nur dann statt, wenn es an einem andern Rechtsmittel zu Erreichung desselben Zweckes fehlt [g]; sie verjähren in fünf Jahren, vom Tode des Erblassers an [h], gehen auf die Erben des Verletzten nur über, wenn dieser den Willen, sein Recht geltend zu machen, an den Tag gelegt hatte [i], und werden beseitigt durch Anerkennung von Seiten des Verletzten.

Anm. [1] Ueber obige beide Rechtsmittel und manchfaltige darauf bezügliche Streitfragen vgl. Francke S. 498. fg. Mühlenbruch Bd. 36. S. 38. fg. Arndts im Rtslex. VIII. S. 162. fg. — Auf oneröse Veräußerungen findet die querela inofficiosae donationis Anwendung, wenn und insofern dieselben eine versteckte Schenkung enthalten. — Ueber analoge Anwendung auf Pflichttheilsverletzung durch Erbvertrag oder Einkindschaft nach heutigem Recht vgl. Seuffert's Arch. IV. 135. 138. 243. V. 36. VII. 76.

[2] Nach L. 5. Cod. h. t. 3. 29. geben Viele auch dem Schenker selbst das Recht des Widerrufs einer übermäßigen Schenkung, falls ihm später noch rechtmäßige Kinder geboren werden. Bang. §. 582. S. 329. Vgl. aber Arndts a. a. O. S. 163. not. 377. und S. 169.

[b] arg. L. 1. 3. 5. 6. . 8. Cod. h. t. [c] arg. nov. 92. cap. 1. [d] arg. L. 2. 5. 7. 8. Cod. h. t. nov. 92. cap. 1. cf. L. 87. §. 3. D. cit. [e] L. un. Cod. de inofficiosis dotibus. 3. 30. [f] L. 1. 2. 4. 6. 9. Cod. h. t. 3. 29. [g] L. 4. Cod. h. t. cf. L. 2. eod. fragm. Vat. §. 281. [h] L. 9. Cod. h. t. cf. L. 34. in f. Cod. de inoff. test. 5. 2. [i] L. 9. Cod. cit. cf. L. 6. §. 2. L. 7. 8. pr. D. de inoff. test. 5. 2. L. 5. Cod. eod. 3. 28.

B. Anspruch auf Erbeinsetzung.

§. 598.

1) Vorschrift der Erbeinsetzung.

Die Hinterlassung des Pflichttheils allein genügt den Erbansprüchen der Kinder und Aeltern nicht; sie sollen auch, wenn der Erblasser ein Testament errichtet, zu Erben eingesetzt seyn, es wäre denn ihre Ausschließung durch Angabe eines gesetzlichen in Wahrheit beruhenden Enterbungsgrundes gerechtfertigt; widrigenfalls können sie gegen das Testament als gesetzliche Erben auftreten. Indessen kann deren Erbeinsetzung auch auf bestimmte Vermögensgegenstände beschränkt seyn; nur darf sie nicht eine Erbeinsetzung auf Nichts seyn, daher auch nicht auf Etwas, das dem Eingesetzten selbst gehört, mag dies auch vom Erblasser herrühren und sogar in den Pflichttheil einzurechnen seyn, ausgenommen wenn dem Erblasser noch eine letztwillige Verfügung darüber zusteht. Auch eine bedingte Erbeinsetzung, die es zur Todeszeit noch ist, genügt nicht, ausgenommen, wenn die Bedingung eine reine Potestativbedingung ist. Ist aber der Notherbe als Vulgarsubstitut eingesetzt, so werden nur die vorhergehenden Grade der Erbeinsetzung, in Ansehung deren jener nicht eingesetzt und nicht rechtmäßig enterbt ist, als der gesetzlichen Vorschrift nicht entsprechende Bestimmung über die Erbfolge beseitigt.

Anm. Nach dem Recht des Codex und der Digesten hatten noch nicht alle pflichttheilsberechtigten Kinder und Aeltern auch Anspruch auf Erbeinsetzung; sie hatten nur, wenn ihnen nicht irgendwie wenigstens ein Theil des Pflichttheils hinterlassen war, querelam inofficiosi testamenti, eine Klage von eigenthümlicher Natur und Beschränkung, welche Rescission des Testaments durch richterliches Urtheil und somit Intestaterbfolge herbeiführte. Vgl. §. 593. not. a. §. 59[illegible] Anm. 1. Aber:

1) Nach Civilrecht mußten sui heredes entweder zu Erben eingesetzt oder ausdrücklich enterbt seyn, beides in bestimmter Weise; wegen Präteritio eines solchen Erben war das Testament seinem ganzen Inhalt nach, oder, wenn der Mangel nur einen Grad der Erbeinsetzung betraf, rücksichtlich dieses Grades, von Anfang an nichtig, wenn der präterirte Suus schon damals vorhanden war: es wurde ipso iure nichtig, wenn der Suus erst später eintrat (agnatione oder quasi agnatione sui heredis.). Inst. de exheredatione liberorum 2. 13 Dig. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. 28. 2. Cod. de liberis praeteritis vel exheredatis. 6. 28. de postumis heredibus instituendis vel exheredandis. 6. 29.

2) Nach prätorischem Recht konnten dieselben Personen, welchen ab intestato bonorum possessio ex edicto unde liberi deferirt wurde (§. 474. Anm. 2.), emancipirte Kinder wie sui heredes, und zwar in gleichem Verhältniß wie dort, die eingesetzten Erben verdrängend, contra tabulas bonorum possessionem erlangen, wenn sie nicht in gehöriger Weise entweder eingesetzt oder ausdrücklich enterbt waren; wobei aber, wenn das Testament nicht etwa nach 1) nichtig war, die Verfügungen zu Gunsten von Descendenten und Ascendenten bis zum Betrage des Erbtheils eines Notherben, sodann Vermächtnisse zur Restitution einer empfangenen Dos aufrechterhalten wurden, auch andere nicht die Erbfolge der Notherben beschwerende Verfügungen, namentlich auch Pupillarsubstitutionen, wirksam blieben. Dig. de bonorum possessione contra tabulas. 37. 4. de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita. 37. 5. Cod. de b. p. contra tabulas, quam praetor pollicetur. 6. 12. cf. L. 4. Cod. de. lib. praet. 6. 28. §. 3...5. J. de exhered. lib. 2. 13.

Diese Beschränkungen des Erblassers waren rein formell; durch Exheredatio in gehöriger Form, auch ohne Angabe eines Grundes, wurde das Testament gegen Anfechtung gesichert; der Enterbte konnte nur noch, wie andere Descendenten, wegen Verletzung des Pflichttheils klagen, wenn ihm dieser nicht in anderer Weise hinterlassen war. Allein durch nov. 115. cap. 3. 4. (v. J. 541., im Authenticum nov. 111.) hat Justinian vorgeschrieben, daß Ascendenten alle ihre pflichttheilsberechtigten Descendenten und umgekehrt diese eben so ihre pflichttheilsberechtigten Ascendenten zu Erben einsetzen oder deren Nichteinsetzung durch ausdrückliche Angabe eines der in diesem Gesetze genannten Enterbungsgründe rechtfertigen sollen; er hat mit der Verletzung dieser Vorschrift bestimmte Folgen verbunden, die von den Folgen der Verletzung des Pflichttheils- oder Notherbenrechts nach bisherigem Rechte wesentlich abweichen. Vgl.:

a) nov. 115. cap. 3. pr. Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae, suum filium vel filiam vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum vel alium quemcunque modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsan probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.

b) cap. 3. in f. ibid. Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed, quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tamquam ab intestato ex aequa parte venire, ne liberi falsis accusationibus condemnentur vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Si tamen contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa aut libertates aut tutorum dationes relinqui vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri et dari illis, quibus fuerunt derelicta, ut tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum.

c) Cap. 4. pr. eod... Sancimus itaque non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi

licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumerabimus, in suis testamentis specialiter nominaverint.

d) Cap. 4. in f. ibid. Sin autem haec non fuerint observata, nullam vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus, sed rescisso testamento eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius dari disponimus, legatis videlicet sive fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus seu aliis capitulis, sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem. Si quid autem pro legatis sive fideicommissis aut libertatibus et tutorum dationibus aut quibuslibet aliis capitulis in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere.

Nach diesem Gesetz besteht nun in dieser Beziehung ein gemeinschaftliches Recht für alle Descendenten und für Ascendenten. Es ist aber sehr streitig, ob daneben noch das besondere Recht der sui heredes und emancipirten Kinder (nov. 1. 2.) bestehe oder nicht? Das erste (sog. Corrections- oder Additionalsystem) wird z. B. noch vertheidigt von Bang. §. 486. Mayer Erbr. I. S. 262. fg. das andere (sog. Derogations- oder Reformsystem) von Bluntschli, Franz. Mühlenbruch a. a. O., Puchta §. 493., Seuffert §. 658...662. u. a. S. Arndts a. a. O. S. 116. fg. „Welche von diesen Theorien nun an sich vorzuziehen wäre, darüber kann man nicht lange zweifelhaft seyn. Die letzte gewährt einfache im Wesentlichen befriedigende Resultate, sie beseitigt Unterschiede, die zu Justinians Zeit keinen rechten Grund mehr hatten, schneidet dadurch eine Menge von schwierigen Verwickelungen ab und entspricht so dem praktischen Bedürfniß einer Zeit, welcher ein so verwickeltes, oft der scharfsinnigsten Unterscheidungsgabe nach schwieriges Recht ein Stein des Anstoßes seyn mußte. Die erste dagegen läßt nicht nur gegen den Geist des neueren Rechts alle jene Unterschiede bestehen, sondern vermehrt sogar noch die Verwickelung und führt Schwierigkeiten herbei, für die sich kaum eine Lösung findet."

2) Folgen der Verletzung.

§. 599.

Wenn in einem Testament Kinder oder Aeltern nicht nach Vorschrift des §. 598. zu Erben eingesetzt und auch nicht rechtsgültig ausgeschlossen sind, so können sie durch die einfache Erklärung des Willens, als gesetzliche Erben einzutreten, die Erbeinsetzungen des Testaments beseitigen und nicht nur für sich, sondern zugleich für alle diejenigen, die mit ihnen dazu berufen sind, die Intestaterbfolge herbeiführen. Sie können demnach auch sofort ihr Recht als Intestaterben gegen die eingesetzten Erben wie gegen andere Personen durch die ordentliche Erbschaftsklage geltend machen. Dieß verjährt nach der allgemeinen Regel erst in dreißig Jahren, steht auch den Erben des Notherben zu, sobald dieser nur jenen Willen erklärt

hat, oder auch ohnedies vermöge Transmissionsrechts (§. 512...516.), und wird nicht ausgeschlossen durch Annahme eines Vermächtnisses nach dem Testament, wenn darin nicht deutlich eine Verzichtleistung auf die Erbfolge ausgesprochen liegt, sowie auch andererseits der vergebliche Versuch, gegen das Testament die Erbfolge als Notherbe zu behaupten, nicht den Verlust der diesem hinterlassenen Vermächtnisse bewirkt.[c] Wird das verletzte Notherbenrecht gegen das Testament nicht geltend gemacht, so sind die übrigen Intestaterben nicht berechtigt, dieses anzufechten.

Anm. Auch über die Folgen der Verletzung des Notherbenrechts nach nov. 115. sind die Ansichten sehr verschieden, insbesondere darüber wie die Ungültigkeit der Erbeinsetzungen eintrete? und mit welchem Rechtsmittel daher die Erbfolge gegen das Testament geltend zu machen sey? Man unterscheidet in dieser Beziehung gewöhnlich drei Hauptansichten oder Systeme: das sog. Nullitätssystem, das Inofficiositätssystem und ein gemischtes System, wodurch aber noch keineswegs alle wesentlichen Meinungsverschiedenheiten bezeichnet sind. Diese sind folgende: 1) Das Mittel zur Anfechtung des Testaments nach nov. 115. ist in allen Fällen die querela inofficiosi testamenti, mit ihren Eigenthümlichkeiten nach bisherigem Recht, wodurch denn richterliche Rescission des Testaments in Ansehung der Erbeinsetzung erwirkt wird; dies ist das sog. Inofficiositätssystem, von Bulgarus aufgestellt, von Cuiacius und Donellus gebilligt, jetzt noch vertheidigt u. a. von Mayer Erbr. I. S. 286. fg. 2) Die querela inofficiosi testamenti greift nur dann Platz, wenn ein Enterbungsgrund angegeben ist, dessen Wahrheit aber bestritten wird; im andern Fall sind oder werden die Erbeinsetzungen ohne Gebrauch dieser Klage nichtig; ein solches gemischtes System, schon in der Glosse gebilligt, in der Praxis lange Zeit vorherrschend, stellt noch Puchta §. 493. auf. 3) Die Erbeinsetzungen sind ipso iure von Anfang an nichtig, wenn der nicht gehörig eingesetzte oder enterbte Notherbe schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden war, sie werden es, wie nach altem Recht durch agnatio oder quasi agnatio postumi, wenn derselbe erst später hinzutritt; der Notherbe hat überall nur die sog. Nullitätsquerel, d. i. eine hereditatis petitio ab intestato ex causa nullitatis. Dies ist das reine Nullitätssystem (System der sog. absoluten Nullität), schon vom Glossator Martinus aufgestellt, heutzutage vertheidigt z. B. von Bang. §. 485. Sint. §. 198., wobei jedoch wohl noch die Möglichkeit einer wirksamen bonorum possessio secundum tabulas anerkannt wird, wenn die verletzten Notherben wegfallen. Vgl. Brandis in Linde's Ztschr. VII. S. 197. fg. 4) Die Erbeinsetzungen werden von selbst nichtig, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers ein nicht eingesetzter oder rechtmäßig enterbter Notherbe vorhanden ist. So Mühlenbruch a. a. O. S. 256. fg. 5) Die Erbeinsetzungen sind nur nichtig, insofern ein verletzter Notherbe sein Recht gegen das Testament geltend macht; sie werden erst durch den Willen des übergangenen Notherben beseitigt, aber mit der Wirkung, daß nun dieselben als Intestaterben ohneweiters die hereditatis petitio haben. Dies ist das System der sog. relativen Nullität, oder,

wie es richtiger bezeichnet wird, der Resciffibilität durch den bloßen Willen der Notherben, vertheidigt namentlich von Bluntschli und Francke a. a. O., Seuffert §. 658...662. und Arndts a. a. O. S. 106...116. 148. fg.

§. 600.

Die Ungültigkeit beschränkt sich nur auf die Erbeinsetzungen, natürlich mit Inbegriff der Vulgarsubstitutionen; der sonstige Inhalt des Testaments bleibt bei Kraft, wenn dieses aus keinem andern Grunde unwirksam ist, auch dann, wenn die ungültig eingesetzten Erben etwa die Erbschaft noch ausdrücklich ablehnen. So namentlich Vermächtnisse, Ernennung von Vormündern, Pupillarsubstitution; aber nicht auch die Enterbung eines andern Notherben, der vielmehr an der nun eröffneten Intestaterbfolge, ebenso wie solche, die gar nicht zu den Notherben gehören, theilnehmen kann. Auch die Erbeinsetzungen selbst können für diesen Fall der Anfechtung durch die Codicillarclausel als Fideicommisse aufrecht erhalten werden.

Anm. Ueber einzelne Punkte, die auch hier wieder streitig sind, vgl. Arndts a. a. O. S. 151...154., insbesondre darüber, ob und inwiefern das wegen Verletzung des Notherbenrechts ungültige Testament durch die Codicillarclausel aufrecht erhalten werden könne, vgl. Bang. §. 527. Anm. 2. Mayer v. Legaten §. 25. Seuffert's Arch. III. 335. V. 205. VIII. 70.

C. Ausschließung der Kinder und Aeltern.

§. 601.

1) Gründe.

Kinder und Aeltern, die nächste gesetzliche Erben wären, von der Erbschaft auszuschließen, soll nicht der Willkür des Erblassers überlassen seyn; es soll aber nicht unmöglich seyn, wo jene die Ausschließung verdient haben. Das Gesetz stellt eine Reihe von Gründen auf, aus welchen Kinder durch die Aeltern, so wie, aus welchen Aeltern durch die Kinder rechtmäßig ausgeschlossen werden können. Nur diese gesetzlich angegebenen Gründe sind geeignet, die Ausschließung zu rechtfertigen. Sie beruhen meistens in tadelnswerthen Betragen gegen den Erblasser (daher causae ingratitudinis oder offensionis); sie setzen eine Schuld des zu Enterbenden voraus, für welche die Enterbung eine verdiente Strafe ist; daher sind sie nicht gegeben, wo es bei einer Handlung an der erforderlichen Zurechnungsfähigkeit fehlte, oder diese als Abwehr gegen ungerechten Angriff gerechtfertigt erscheint; sie werden beseitigt durch vollkommene

Verzeihung des Vergehens von Seiten des Beleidigten. Uebrigens wird durch einen solchen Enterbungsgrund nicht nur die Nichteinsetzung des Descendenten oder Ascendenten, sondern auch die Entziehung oder Schmälerung des Pflichttheils gerechtfertigt, also auch die Klage auf Ergänzung des letzten und die Anfechtung einer Schenkung oder Dos wegen Verletzung des Pflichttheils ausgeschlossen.

Anm. 1) Nach älterem Recht bedurfte es einer Rechtfertigung nur für Entziehung oder Schmälerung des Pflichttheils; die bloß formelle Exheredatio stand ganz in der Willkür des Erblassers. Auch für jene aber waren die Gründe nicht gesetzlich bestimmt, sondern der Erwägung des Richters anheimgestellt. Erst Justinian hat durch nov. 115. die Enterbungsgründe gesetzlich festgestellt, zunächst als Rechtfertigungsgründe der Nichteinsetzung, die nun aber seiner Absicht gemäß auch für Schmälerung des Pflichttheils allein genügend sind.

2) Die einzelnen Enterbungsgründe sind:

a) für Enterbung der Kinder nach nov. 115. cap. 3. §. 1. Si quis parentibus suis manus intulerit. §. 2. Si gravem et inhonestam iniuriam eis ingesserit. §. 3. Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem sive rempublicam. §. 4. Si cum maleficis hominibus ut maleficus conversatur; §. 5. vel vitae parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari tentaverit. §. 6. Si novercae suae aut concubinae patris filius sese immiscuerit. §. 7. Si delator contra parentes filius extiterit et per suam delationem gravia eos dispendia fecerit sustinere. §. 8. Si quemlibet de praedictis parentibus inclusum esse contigerit, et liberi... vel unus ex his in sua eum noluerit fideiussione suscipere..., in quantum esse qui petitur probatur idoneus; hoc tamen... ad masculos tantummodo liberos volumus pertinere. §. 9. Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo, quia prohibuerit parentes suos condere testamentum... §. 10. Si praeter voluntatem parentum inter arenarios vel mimos sese filius sociaverit et in hac professione permanserit, nisi forsitan etiam parentes eiusdem professionis fuerint (cf. L. 11. Cod. de inoff. test. 3. 28.). §. 11. Si alicui ex praedictis parentibus volenti suae filiae vel nepti maritum dare et dotem... pro ea praestare, illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si vero usque ad 25 annorum aetatem pervenerit filia et parentes distulerint eam marito copulare et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, coniungere, hoc ad ingratitudinem filiae nolumus computari.... §. 12. Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit et eius liberi vel quidam ex his aut liberis ei non existentibus alii eius cognati... obsequium ei et curam competentem non praebuerint, si quidem a tali sanatus fuerit infirmitate, erit ei potestas, utrum velit negligentem filium vel filios aut cognatos ingratum vel ingratos in suo scribere testamento.... §. 13. Si unum de praedictis parentibus in captivitate detineri contigerit et eius liberi sive omnes sive unus non festinaverint eum redimere.... §. 14. Si quis de praedictis

parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicae fidei nec in sacrosancta ecclesia communicare, in qua beatissimi patriarchae una conspiratione et concordia fidem rectissimam praedicant... licentiam habeant pro hac maxime causa ingratos eos et exheredes in suo scribere testamento.

b) für Enterbung der Aeltern nach nov. 115. cap. 4. §. 1. Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint, citra causam tamen, quae ad maiestatem pertinere cognoscitur. §. 2. Si venenis aut maleficiis aut alio modo parentes filiorum vitae insidiati probabuntur. §. 3. Si pater nurui suae aut concubinae filii sui sese immiscuerit. §. 4. Si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus, in quibus habent testandi licentiam.... §. 5. Si contigerit aut virum uxori suae ad interitum aut alienationem mentis dare venenum aut uxorem marito vel alio modo alterum vitae alterius insidiari,... liberis esse licentiam, nihil in suis testamentis de facultatibus suis illi personae relinquere... §. 6. Si liberis vel unò ex his in furore constituto parentes eos curare neglexerint... §. 7. His casibus etiam cladem captivitatis adiungimus... §. 8. Si quis de praedictis liberis orthodoxus constitutus senserit suum parentem vel parentes non esse catholicae fidei, haec et in eorum persona tenere, quae supra de parentibus iussimus.

Ueber die Auslegung und heutige Anwendung dieser Bestimmungen vgl. Arndts im Rhein. III. S. 895...900.

§. 602.

2) Art und Weise der Ausschließung.

Zu wirksamer Ausschließung von der Erbschaft ist erforderlich, daß im Testament der Wille des Erblassers, einen Notherben auszuschließen, bestimmt und deutlich ausgesprochen und dafür wenigstens einer der gesetzlichen Enterbungsgründe ausdrücklich angegeben sey. Unter Angabe eines wahren Enterbungsgrundes kann die Ausschließung auch bloß bedingt geschehen, sowie unter dieser Voraussetzung auch eine bedingte Einsetzung des Notherben gültig ist; angemessener aber ist es, in solchem Fall den Notherben unter Bedingung einzusetzen und unter der entgegengesetzten ausdrücklich auszuschließen. Auch kann die Enterbungsursache selbst bedingungsweise ausgesprochen werden, nicht nur für die Vergangenheit, sondern auch für die Zeit nach der Testamentserrichtung bis zum Tode des Testators, so daß die Enterbung gültig ist, wenn bis dahin der Notherbe sich des bezeichneten Vergehens schuldig gemacht hat. Die Enterbungsursache muß von den eingesetzten Erben als wahr erwiesen werden. Sind mehrere angegeben, so genügt der Beweis der

einen oder andern; der Beweis einer nicht angegebenen kann den mangelnden Beweis der angegebenen nicht ersetzen.

Anm. [1] Nov. 115. cap. 3. §. 14. in f. Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas sive certas ex his sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint et scripti heredes nominatam vel nominatas causas vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suam habere firmitatem decernimus. — Cap. 4. §. 8. Si tales igitur causas vel certas vel unam ex his liberi suis testamentis inscripserint, et scripti ab eisdem heredes aut omnes aut certas aut unam ex his probaverint, testamentum in sua firmitate manere praecipimus. Vgl. §. 598. Anm. 1. — Diese Vorschrift über ausdrückliche Angabe und Beweis des Enterbungsgrundes ist auch auf den Fall zu beziehen, wenn dem Notherben letztwillig der Pflichttheil verkürzt wird. Wenn aber derselbe auf weniger als den Pflichttheil eingesetzt und in Ansehung des Uebrigen auch ohne Angabe eines wahren Enterbungsgrundes ausdrücklich ausgeschlossen ist, so hat er immer nur ein Recht auf Ergänzung des Pflichttheils, nicht, wie Puchta §. 493. not. n. behauptet, das Recht der Anfechtung des Testaments. Arndts im Rtslex. VIII. S. 137. — Wird ein Rechtsgeschäft unter Lebenden wegen Verletzung des Pflichttheils angefochten (§. 597.), so kommt es nur auf das Daseyn eines Enterbungsgrundes an, welches der Gegner zu beweisen hat.

[2] Der Enterbung als erklärter Ausschließung einer Person von der Erbfolge bedurfte es nach älterem Rechte nur in Ansehung der sui heredes und der ihnen im prätorischen Erbrecht gleichgestellten Descendenten (liberi). Diese Exheredatio aber war formell sehr strenge bestimmt, und jeder Verstoß dagegen bedrohte die Gültigkeit des Testaments. Vgl. Arndts, Art. Enterbung, im Rtslex. III. S. 884. fg. Nach der Nov. 115., nach welcher nun die Enterbung ein in weiterem Umfang bedeutender Begriff geworden, kommen jene formellen Erfordernisse nicht mehr in Betracht. Es kommt nur darauf an, ob der Erblasser den Willen, daß der Notherbe wegen eines bestimmten Enterbungsgrundes von der Erbfolge ausgeschlossen seyn solle, deutlich an den Tag gelegt habe. Doch sind die Ansichten auch hierüber verschieden; namentlich sind auch Anhänger des sog. Derogations- oder Reformsystems (§. 598. Anm.), z. B. Puchta §. 493., wohl der Meinung, daß nun die Erfordernisse gültiger Enterbung wie Einsetzung der sui heredes und emancipirten Kinder bezüglich aller pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten zu beobachten seyen. Dagegen Bluntschli S. 245. fg. Francke S. 361. 397. fg. Arndts im Rtslex. VIII. S. 121. 144. fg. Seuffert §. 655. not. 1.

§. 603.

3) Enterbung in wohlmeinender Absicht.

Eine eigenthümliche Ausnahme von der Regel bildet der Fall, wenn der Erblasser durch die Ausschließung eines Notherben für das Beste desselben und seiner Familie zu sorgen, insbesondere z. B. ihrer Verarmung durch zu befürchtende Verschleuderung des

Vermögens vorzubeugen beabſichtigt. Eine ſolche ſog. exheredatio bona mente facta iſt zuläſſig und rechtsgültig, wenn es auch an den Erforderniſſen der §§. 601. 602. fehlt, vorausgeſetzt nur, daß der Grund der Ausſchließung vom Erblaſſer ausdrücklich angeführt und deſſen wirklich wohlmeinende Abſicht unzweifelhaft ſey.

Anm. Vgl. a) L. 18. D. de lib. et post. 28. 2. Multi non mala causa exheredant filios nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, utputa impuberibus, eisque fideicommissam hereditatem dant. L. 12. §. 2. D. de bon. lib. 38. 2. Si quis non mala mente parentis exheredatus sit... utputa pone furoris causa exheredatum eum, vel ideo, quia impubes erat, heredemque institutum rogatum ei restituere hereditatem. cf. L. 16. §. 2. D. de cur. fur. 27. 10. b) L. 25. Cod. de inoff. test. 3. 28. Filius matrem, quae de mariti moribus secus suspicatur, ita posse consequi iure compertum est, ut eos sub hac conditione instituat heredes, si a *patre emancipati fuerint*... neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, sed potius putaverit providendum. c) L. 16. D. de b. p. c. t. 37. 4. Si emancipatus filius nepoti in potestate avi relicto ab extraneo herede fideicommissam hereditatem, si liberatus avi potestate fuisset, reliquisset, et suspectus avus sit, quasi consumturus bona nepotis, non esse ei danda bonorum possessionem (contra tabulas). „In dieſen verſchiedenen Stellen iſt unläugbar der Gedanke anerkannt, daß eine auf das wahre Beſte des Notherben abzweckende teſtamentariſche Verfügung, wenn gleich ſie ſonſt der Regel nach eine Verletzung der über die Berückſichtigung der Notherben geltenden Beſtimmungen enthalten würde, doch als wirkſam aufrecht zu erhalten ſey. Da nun die Novelle 115. augenſcheinlich dieſen Fall gar nicht berückſichtigt, ſondern nur die gehäſſige Enterbung oder Präterition an ſtrengere Bedingungen gebunden haben will, ſo iſt man berechtigt, die Enterbung in guter Abſicht auch jetzt noch für zuläſſig zu halten, wenn gleich keiner von den geſetzlichen Enterbungsgründen vorliegt.“ Arndts im Rtslex. III. S. 901. Gleichwohl iſt dies von Einigen beſtritten; Unterholzner im civ. Arch. II. S. 52 fg. Francke S. 422...444. Dagegen vorzüglich Mühlenbruch Bd. 37. S. 391...465.

II. Recht der Geſchwiſter.

§. 604.

Vollbürtige Geſchwiſter und halbbürtige von der Vaterſeite, consanguinei, nicht auch uterini, haben Anſpruch auf einen Pflichttheil, nach Maßgabe des §. 593...595., wenn eine unehrenhafte Perſon zum Erben eingeſetzt iſt [1], vorausgeſetzt, daß ſie allein oder mit andern [2], zur Inteſtaterbfolge berufen wären, wenn kein Teſtament vorläge, und daß nicht ihre Ausſchließung von der Erbſchaft durch beſondere Gründe gerechtfertigt iſt. In Erwägung

dieser Gründe sowohl, deren ausdrückliche Angabe im Testament nicht erfordert wird, als in Beurtheilung der Unehrenhaftigkeit der eingesetzten Erben ist dem richterlichen Ermessen keine feste Schranke gesetzt[3]. Als gerechtfertigt ist die Ausschließung der Geschwister jedenfalls dann anzusehen, wenn sie derselbe Tadel trifft, wie die eingesetzten Erben.

Anm. [1] Die Hauptstelle darüber ist L. 27. Cod. de inoff. test. 3. 28 (Constantin. a 319.). Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur: consanguinei autem, durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur, vel liberti, qui perperam et non bene merentes maximisque beneficiis suum patronum adsecuti, instituti sunt, excepto servo necessario herede instituto. Sie ist, mit erheblichen Aenderungen, combinirt aus L. 1. und 3. Theod. Cod. de inoff. test. 2. 19. Bestritten aber ist a) ob den Geschwistern wirklich ein Pflichttheilsrecht, und nicht vielmehr ein Exceptionsrecht wegen Unwürdigkeit der eingesetzten Erben zustehe? Marezoll in Linde's Ztschr. I. S. 185. fg. Vgl. dagegen §. 1. J. h. t. 2. 18. L. 1. D. h. t. 5. 2. L. 21. Cod. h. t. 3. 28. nov. 1. praef. §. 2. b) ob die Erhöhung des Pflichttheils nach nov. 18. cap. 1. auch für Geschwister gelte? vgl. §. 593. c) ob nicht nach nov. 118. cap. 3. auch den uterinis dasselbe Recht beizulegen sey? Dagegen L. 1. D. cit. L. 21. Cod. cit. vgl. mit L. 15. §. 2. Cod. de legit. hered. 6. 58.

[2] Anderer Meinung sind viele (z. B. Puchta §. 488. not. g.) für den Fall der Concurrenz mit Ascendenten, welchen als unbedingt Pflichttheilsberechtigten die Geschwister immer nachstehen sollen; allein ein erheblicher Grund dafür ist nirgend angeführt worden; kränkend für die Geschwister ist es auch, wenn neben Ascendenten an ihrer Statt verächtliche Subjecte zu Erben eingesetzt sind. Wenn indessen zugleich Ascendenten gegen Nov. 115. übergangen sind und von ihrem Recht Gebrauch machten, so tritt nun auch für die Geschwister Intestaterbfolge ein. Arndts im Rtslex. VIII. S. 158 fg.

[3] L. 5. D. de inoff. test. Verbi *de inofficioso* vis illa est: docere immerentem se et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum. Speciell anerkannt sind einige Ausschließungsgründe in nov. 22. cap. 47. pr. (vgl. §. 520. Anm. 2. h.) und in nov. 115. cap. 3. §. 12. 13. (vgl. §. 601. Anm. 2. a.). Die übrigen Enterbungsgründe der nov. 115. können dem richterlichen Ermessen ebenfalls als Anhaltpunkte dienen. Vgl. Seuffert's Arch. VII. 340. 341.

§. 605.

Ist den Geschwistern, bei Einsetzung einer verächtlichen Person, nichts hinterlassen, so können sie mit der querela inofficiosi testamenti[1] das Testament anfechten[a], hoc colore quasi non

[a] L. 27. Cod. h. t. 3. 28.

sanae mentis testator fuerit [b]. Sie geht gegen den eingesetzten Erben, nachdem dieser die Erbschaft erworben hat [c], worüber er nach Ablauf von 6 Monaten, wenn beide Parteien in derselben Provinz wohnen, sonst nach einem Jahre zur Erklärung angehalten werden kann [d]; sodann auch gegen dessen Universalsuccessor [e], gegen den Universalfideicommissar, dem jener die Erbschaft restituirt hat [f], gegen den Eripienten [g]; und wer sonst anstatt des eingesetzten Erben die zunächst diesem angetragene Erbschaft bekommt [h]. Sie geht, wenn nicht schon angestellt oder doch durch erklärte Annahme der Erbfolge gegen das Testament vorbereitet, auf die Erben nicht über [i], verjährt in 5 Jahren nach Antritt der Erbschaft [k], und wird ausgeschlossen durch Anerkennung des Testaments [l] oder erklärten Verzicht [m], also auch durch Vergleich mit dem eingesetzten Erben [n]. Sind mehrere dazu berechtigt, von denen einer ausfällt, so tritt Anwachsungsrecht für die übrigen ein [o], und wenn die Querel von den zunächst berufenen vollbürtigen Geschwistern nicht angestellt wird oder ohne Erfolg, so können nun die halbbürtigen (durch successio in querelam) dazu gelangen [p].

Der Erfolg der Klage, wenn der Kläger obsiegt [q], besteht darin, daß dem Testament durch das richterliche Urtheil alle Kraft benommen wird, als ob es von einem Unfähigen errichtet wäre [r], also nicht bloß Erbeinsetzungen, sondern auch Vermächtnisse und andere Bestimmungen ungültig sind [s], was auch durch die Codicillarclausel nicht abgewendet wird [t]. Es tritt Intestaterbfolge ein, jedoch mit Ausschluß anderer ebenfalls zur Querel berufener Personen, welche diese versäumt oder damit nicht obgesiegt haben [u]. Wenn aber Mehrere zu Erben eingesetzt sind und der Verletzte nur gegen einen derselben klagt oder gewinnt, so wird das Testament auch nur zum Theil rescindirt; es tritt zum Theil testamentarische, zum Theil Intestaterbfolge ein [v], und die nicht theilbaren Verfügungen bleiben ganz gültig [w], insbesondere bleibt auch die im Testament enthaltene

[b] L. 2. 5. D. h. t. 5. 2. [c] L. 8. §. 10. D. eod. [d] L. 36. §. 2. Cod. eod. [e] §. 509. not. l. [f] L. 10. Cod. eod. [g] arg. L. 10. cit. [h] §. 520. [i] cf. §. 512...514. L. 20. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. [k] L. 6. §. 2. L. 7. 8. pr. D. h. t. 5. 2. [l] L. 16. 34. in f. 36. §. 2. Cod. eod. cf. L. 8. §. 17. L. 9. D. eod. L. 2. Cod. in quib. caus. i. i. r. 2. 41. [m] L. 8. §. 10. L. 31. §. 3. 4. L. 32. pr. D. h. t. 5. 2. [n] L. 17. pr. D. h. t. L. 34. Cod. h. t. [o] L. 35. §. 1. Cod. eod. [p] L. 17. pr. L. 23. §. 2. D. h. t. [q] L. 31. pr. eod. [r] L. 8. §. 16. L. §. 1. L. 28. in f. eod. [s] L. 13. eod. [t] cf. L. 8. §. 8. L. 19. eod. L. 16. pr. L. pr. 23. §. 2. eod. (not. o.). [u] L. 15. §. 2. L. 25. §. 1. eod. cf. §. 570 Num. 2. [v] L. 13. Cod. h. t. 3. 28.

Pupillarsubstitution in Kraft bestehen [v]. Die Klage soll aber immer nur gegen die verächtlichen zu Erben eingesetzten Personen Erfolg haben, nicht zugleich gegen andere unbescholtene Erben [w].

Ist den Geschwistern nicht der ganze Pflichttheil, aber doch Etwas hinterlassen, so haben sie nur eine Klage auf Ergänzung des Pflichttheils (nach §. 596.) gegen die eingesetzten unehrenhaften Personen, soweit der diesen hinterlassene Erbtheil reicht [4]. Die querela inofficiosae donationis und dotis wird den Geschwistern in den Gesetzen nicht beigelegt, nach der herrschenden Meinung aber gleichwohl denselben eingeräumt, wenn die den Pflichttheil verletzende Freigebigkeit gegen eine verächtliche Person geübt worden ist.

Anm. [1] Diese Klage war vor der Nov. 115. noch praktisch wichtiger, weil sie das Rechtsmittel auch der Kinder und Aeltern gegen Entziehung des Pflichttheils war; nach jenem Gesetz hat die ausgebildete Theorie derselben nur noch eine sehr beschränkte praktische Bedeutung und sind manche dieselbe betreffende Rechtsätze ganz weggefallen. Vgl. darüber Bang. §. 478...481. Arndts im Rtslex. VIII. S. 97...103. 159. fg.

[2] Der Verlust des Rechtstreites zieht dagegen für den Kläger Verlust des ihm Hinterlassenen an den Fiscus nach sich. L. 8. §. 14. D. h. t. vgl. §. 520. Anm. 1. e. Diese Bestimmung ist jedoch von keiner Erheblichkeit mehr, wenn der Berechtigte, dem wenigstens Etwas hinterlassen ist, überall kein Recht mehr zur querela inofficiosi testamenti hat. vgl. Anm. 4.

[3] Daher können auch die Vermächtnißnehmer gegen das ungünstige Urtheil Appellation einlegen. L. 29. pr. D. h. t. L. 14. pr. D. de appellat. 49. 1. Ist es aber bloß in contumaciam des Beklagten ergangen, so ist es gegen Andere nicht wirksam. L. 14. §. 1. D. l. c. L. 17. §. 1. D. h. t. — Wesentlich abweichend lehrt Puchta §. 494. „Der Geschwister wird in der Nov. 115. nicht gedacht, für sie gilt daher noch das alte Recht, nur kann auch ihre Querel lediglich die Rescission der Einsetzung zur Folge haben. Denn es wäre widersinnig anzunehmen, daß die Ausschließung der entfernteren und nicht einmal absoluten Notherben eine härtere Folge haben solle, als die der nähern und absoluten." Aber: „diese Argumentation kann, als unzulässige Berichtigung der Gedanken des Gesetzgebers, nicht gebilligt werden." Seuffert §. 663. not. 9. vgl. Arndts a. a. O. S. 160.

[4] Streitig ist, ob nicht nach L. 30. pr. Cod. h. t. die querela inofficiosi testamenti auch dann stattfinde, wenn den Berechtigten etwas, aber weniger als der Pflichttheil hinterlassen ist, mit der ausdrücklichen Erklärung, daß er mehr nicht erhalten solle und zu erhalten verdiene? Puchta §. 490. not. n. Dagegen Francke S. 340. Mühlenbruch Bd. 36. S. 19.

[v] L. 8. §. 5. D. h. t. [w] L. 24. eod. cf. L. 27. Cod. eod. §. 1. J. h. t. 2. 18.

§. 606.

III. Recht der dürftigen Wittwe.

Der Theil des Nachlasses, welcher nach §. 481. der armen Wittwe zukommt, soll dieser auch durch letztwillige Verfügung nicht entzogen oder geschmälert werden. Mag ihr nun weniger als das Gebührende oder gar nichts hinterlassen seyn, sie kann immer die Entrichtung des ihrem gesetzlichen Erbtheil entsprechenden Vermögensbetrages als eines durch das Gesetz ihr gewährten Vermächtnisses mittels persönlicher Klage gegen die eingesetzten Erben erwirken. Wird aber durch einen andern Notherben die Intestaterbfolge herbeigeführt, so tritt auch sie als gesetzliche Erbin ein, sofern sie nicht durch andere noch rechtbeständige Verfügung befriedigt ist.

§. 607.

IV. Recht des unmündig Arrogirten.

Demjenigen, der als unmündiges Kind von einem Andern arrogirt wird, ist durch Antoninus Pius ein gesetzlicher Anspruch auf ein Viertheil des Nachlasses des Arrogators beigelegt, für den Fall, daß er durch dessen letzten Willen oder durch Emancipation, wenn diese nicht aus richterlich geprüfter und gebilligter Ursache geschehen, von der Erbschaft desselben ausgeschlossen oder auf weniger als jenes Viertheil beschränkt würde [a]. Er kann das Recht darauf als Forderung an die Erbschaft geltend machen [b], wird aber dabei gleich einem Miterben behandelt [c]. Im Fall einer zur Verkürzung seiner Quarta vorgenommenen Veräußerung kann er die Empfänger so weit sie noch etwas davon haben, auf Herausgabe oder auf Ergänzung seiner Quart belangen, mit der actio quasi Faviana oder quasi Calvisiana [1], je nachdem der Arrogator mit oder ohne Testament gestorben ist [d]. Wenn übrigens der Arrogirte zur Zeit des Todes des Arrogators noch in dessen Gewalt sich befand, oder obwohl emancipirt, doch als leiblicher Descendent zu dessen Intestaterben gehört, so kann er auch das Recht eines Notherben nach §. 593...603., soweit es ihm vortheilhafter ist, in seinem ganzen Umfange geltend machen [2], nur nicht die Quarta und außerdem

[a] §. 3. J. de adopt. 1. 11. L. 22. pr. D. de adopt. 1. 7. L. 2. Cod. eod. 8. 48. [b] §. 424. not. h. [c] L. 8. §. 15. D. de inoff. test. 5. 2. L. 1. §. 21. D. de collat. 37. 6. [d] L. 2. §. 1. D. fam. erc. 10. 2. [1] L. 13. D. si quid in fraudem patroni factum sit. 38. 5.

noch von dem übrigen Vermögen den Pflichttheil als Descendent begehren [e].

Anm. [1] Dieſe beiden Klagen ſind eingeführt zum Schutze der patronatiſchen Erbanſprüche gegen Beeinträchtigung durch Veräußerungen des Freigelaſſenen, und nur analog auf obigen Fall ausgedehnt.

[2] Mit Unrecht wollen Manche dem impubes arrogatus das gewöhnliche Notherbenrecht eines Descendenten im Verhältniß zum Arrogator ſchlechthin abſprechen; Francke a. a. O. S. 476. Puchta §. 488. not. d. §. 493, 562., geſtützt auf L. 8. §. 15. D. de inoff. test., welche nur die querela inofficiosi testamenti verſagt, weil nach dem Recht der Digeſten ohnehin die quarta Divi Pii jedenfalls dem Pflichttheil wenigſtens gleichkam, alſo die immer nur ſubſidiäre Querel entbehrlich machte. Vgl. Bang. §. 252. Arndts a. a. O. S. 161. fg. Sint. §. 139. not. 45. — Streitig iſt auch noch, ob die quarta Divi Pii vermöge eines geſetzlichen Enterbungsgrundes entzogen werden könne? Francke S. 474. fg., dagegen Bang. und Arndts a. a. O.; und ob das Recht des Unmündigen über das Alter der Mündigkeit hinaus fortbeſtehe? Francke S. 473. Dagegen Bang. a. a. O. Sint. §. 139. not. 48.

[3] Nach dem Recht der Digeſten gab es noch einen beſondern Fall eines Notherbenrechts, eine bonorum possessio contra tabulas, zu Gunſten des Parens Manumiſſor, analog dem Rechte des Patronus in Anſehung der Erbſchaft des Freigelaſſenen. Dig. si a parente quis manumissus sit. 37. 12. In Nov. 115. wird dieſer bonorum poss. c. t. nicht erwähnt. Wenn ſie aber auch nicht ſtillſchweigend durch dieſes Geſetz aufgehoben iſt, ſo iſt ſie doch jedenfalls durch die Praxis beſeitigt. Vgl. §. 477. Anm. [8].

Viertes Capitel.

Von dem Erwerb erbloſer Güter und andern der Erbfolge analogen Fällen.

§. 608.

Wenn ein Verſtorbener keinen Erben hat, ſo fällt ſein Vermögen als erbloſes Gut, bona vacantia [a], der Regel nach dem Fiscus zu, für welchen dasſelbe durch ſeine Beamten nach vorgängiger Prüfung ſeines Beſtandes erworben wird [b]. Dieſes Recht des Fiscus tritt auch dann ein, wenn der Verſtorbene nur ſolche Erben hat, die geſetzlich auf einen Theil der Erbſchaft beſchränkt ſind, in Anſehung nämlich des übrigen Theils [c], ſo wie in dem Falle, wenn

[e] arg. L. 8. §. 15. D. de inoff. test. 5. 2.

[a] Cod. de bonis vacantibus et de incorporatione. 10. 10. [b] L. 4. 5. Cod. h. t.

[c] nov. 89. cap. 12. §. 4. cf. §. 482.

durch Enthaltung eines Suus oder Restitution gegen den Erwerb der Erbschaft die Erblosigkeit herbeigeführt ist [d]. Der Fiscus tritt durch den Erwerb der Güter in die Gesammtheit des Vermögens ein, gleich einem Erben [1]; Verbindlichkeiten wie Rechte [e] gehen auf denselben über, jedoch die ersten freilich mit Beschränkung auf den Bestand der Erbschaft, wenn, wie hier immer geschehen soll, ein gehöriges Inventar errichtet ist [f]. Auch die vom Erblasser angeordneten Vermächtnisse muß er gleich dem Erben [g] entrichten, nicht nur die ihm insbesondere für diesen Fall auferlegt [h] oder für jeden Fall als Intestatvermächtnisse angeordnet sind [2], sondern auch alle, welche der Testamentserbe, durch dessen Ablehnung das Vermögen erblos geworden, hätte entrichten müssen [i], insofern sie nicht auf persönliche Eigenschaften des Beschwerten berechnet sind [k]. Zur Geltendmachung seines Rechts steht dem Fiscus die Erbschaftsklage zu [l]. Durch den Ablauf von vier Jahren jedoch, bevor dem Fiscus die Anzeige von dem erblosen Gute gemacht worden, sind die Besitzer gegen dessen Anspruch gesichert [m]. Veräußert der Fiscus die Erbschaft als Ganzes, so geht sein Recht, wie in andern Fällen, vollständig auf den Erwerber über, und wird jener auch von den Verbindlichkeiten befreit [n].

Anm. [1] Das Recht des Fiscus auf bona vacantia wurde durch die Lex Julia eingeführt. L. 96. §. 1. D. de legat. I. Streitig aber ist, ob der Fiscus in Ansehung derselben wirklich Universalsuccessor oder nicht vielmehr bloß privilegirter Occupant und Singularsuccessor sey? Das letzte ist neuerdings namentlich vertheidigt von Blume im Rh. Mus. IV. 6. und Elvers, praktische Arbeiten Nr. 2. S. 12. fg., das erste u. a. von Buchholtz Abh. Nr. 4. S. 105. fg. Schmidt, de successione fisci ex iure Rom. Jenae 1836. Schröter in Weber's Ztschr. X. 3., mit denen jetzt die Mehrzahl übereinstimmt (arg. not. e. g. l. n.); vgl. Bang. §. 564. Ob aber der Fiscus für die Schulden an sich auch über den Bestand der Erbschaft hafte (not. f.), wird auch von einzelnen Anhängern der letzten Ansicht bestritten, z. B. von Roßhirt Erbr. S. 218. fg.

[2] Viele beschränken die Verpflichtung des Fiscus nur auf diese beiden Fälle

[d] L. 2. D. de succ. ed. 38. 9. cf. §. 519. Anm. [e] cf. arg. L. 1. Cod. de dem. int. v. et u. 5. 16. not. l. [f] arg. L. 1. §. 1. L. 11. Cod. de iure fisci. 49. 14. L. 22. Cod. de iure delib. 6. 30. cf. not. n. [g] L. 3. §. 5. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. cf. L. 6. §. 3. eod. [h] L. 114. §. 2. D. de legat. I. cf. §. 542. Anm. 1. [i] L. 96. §. 1. ibid. L. 2. §. 1. D. de aliment. leg. 33. 1. L. 14. D. de iure fisci. 49. 14. cf. §. 1. de eo cui lib. causa. 3. 10. L. 4 §. 17. D. de fideicomm. lib. 40. 5. [k] arg. L. 2. §. 9. Cod. de cad. toll. 6. 61. [l] L. 20. §. 7. D. de her. pet. 5. 3. [m] L. 1. Cod. de quadriennii praescriptione. 7. 37. cf. L. 18. D. de usucap. 41. 3. [n] L. 1. Cod. de hered. vel. act. vend. 4. 39. L. 41. D. de iure fisci. 49. 14. L. 54. pr. D. de her. pet. 5. 3. cf. §. 540.

läugnen dieſelbe bezüglich der in einem beſtituirten nicht mit der Codicillarclauſel verſehenen Teſtamente angeordneten Vermächtniſſe. Dagegen Bang. a. a. O. unter Nr. III.

§. 609.

Gewiſſen Corporationen iſt vor dem Fiscus und mit Ausſchließung desſelben ein Recht auf den erbloſen Nachlaß ihrer Mitglieder gegeben, namentlich, abgeſehen von mehreren veralteten Fällen [a], 1) dem Regiment, dem der Verſtorbene als Soldat angehörte [b], 2) der Kirche in Beziehung auf ihre Geiſtlichen [c], ſodann nach der Praxis 3) den Armenanſtalten in Anſehung der darin verpflegten Perſonen, und 4) den Univerſitäten in Anſehung ihrer Mitglieder. Das Rechtsverhältniß dieſer Corporationen iſt eine Univerſalſucceſſion gleich der des Fiscus, und wird von Vielen geradezu als eine ſubſidiäre Inteſtaterbfolge aufgeführt. Außerdem iſt noch demjenigen, welchem gemeinſchaftlich mit dem Verſtorbenen vom Regenten eine Schenkung gemacht worden, in Ermangelung von Erben des letzten auch deſſen Antheil am Geſchenke zugeſprochen [d], gleichſam als ein geſetzliches Vermächtniß.

§. 610.

Ein der Erbfolge analoges Verhältniß entſteht noch für diejenigen, welchen die einem Unwürdigen entriſſene Erbſchaft (oder ein Erbtheil) zufällt [a], es ſey der Fiscus oder ſonſt Jemand, ausgenommen, wenn es derjenige iſt, der ohne den Unwürdigen zunächſt dazu berufen wäre, in welchem Fall eine wahre Erbfolge ſtattfindet [b]. Der Eripient wird einem Erben, beziehungsweiſe Miterben gleichbehandelt, und hat auch gleich dieſen eine Univerſalklage, analog der hereditatio petitio [c].

Ein anderer Fall iſt, wenn in Folge eines Verbrechens das Vermögen einer Perſon ganz oder zum Theil dem Fiscus anheimfällt, Confiscation; dieſer haftet auch hier den Gläubigern, aber nicht über den Beſtand des Vermögens und nur ſo lange dasſelbe

[a] Cod. de hereditatibus decurionum navicularium cohortalium militum et fabricensium. 6. 62. [b] L. 2. Cod. l. c. cf. L. 6. §. 7. in f. D. de iniusto test. 28. 3. [c] L. 20. Cod. de episcop. 1. 3. nov. 132. nap. 13. [d] L. un. Cod. si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit. 10. 14.

[a] L. 16. §. 2. D. de his quae ut indign. 34. 9. cf. nov. 1. cap. 1. (§. 520.) [b] L. 2. §. 47. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. [c] L. 20. §. 6. 7. D. de her. pet. 5. 3. §. 531. Anm. 3.

nicht verkauft ist [d]. Das römische Recht gibt aber noch theils wegen Verbrechen, welche diese Folge haben (ausgenommen das Majestätsverbrechen), vor dem Fiscus [e], theils auch wegen gewisser anderer Verbrechen [f] bestimmten Personen ein Recht auf das Vermögen des Verbrechers, welches ganz der Erbfolge analog ist. Indessen ist diese Fälle nach heutigem Strafrecht nicht mehr praktisch.

[d] Dig. de bonis damnatorum. 48. 20. de bonis eorum, qui ante sententiam mortem sibi consciverunt vel accusatorem corruperunt. 48. 21. Cod. de bonis proscriptorum seu damnatorum. 9. 49. de bonis eorum qui mortem sibi consciverunt. 9. 50. [e] nov. 134. cap. 13. [f] nov. 134. cap. 10. nov. 12. cap. 2. 3.

Register.

Die Zahlen bezeichnen die Paragraphen.

Abdicatio 427.
Absentes 161, 189, 194.
Abläugnen 98, 166, 252, 355, 532.
Abstinendi beneficium 511.
Abſtreiten, ſ. Eviction.
Abtretung der Klagen 111; der Forderungen 246, 255 fg.
Abweſenheit 40, 119, 120, 296, 447.
Acceptation 81, 231.
Acceptilatio 267, 357.
Accessio 152, 153, 253, 303, 341, 401.
Accesio possessionis 110, 161.
Accidentalia negotii 65.
Accreſcenzrecht 518.
Accusatio suspecti 450.
Acquisitio civilis, naturalis 76, 144; per universitatem 56; hereditatis 472.
Actio 96.
Actio ad exhibendum 152, 166, 346.
„ adiectitiae qualitatis 248.
„ ad supplendam legitimam 596.
„ aedilitia 100, 106, 304.
„ aestimatoria 290.
„ annalis 108.
„ aquae pluviae 131, 331.
„ arbitraria 100, 219, 221, 333, 346.
„ arborum furtim caesarum 325.
„ bonae fidei 100, 217, 397, 410.
„ civilis 100, 217.
„ commodati 282.
Actio communi dividundo 97, 320, 383.
„ conducti 311, 314, 315.
„ confessoria 114; in rem 169, 191, 195, 196, 200, 380.
„ constitutoria 351.
„ contraria 99, 217.
„ damni infecti 328.
„ de dote 410.
„ de effusis et deiectis 326.
„ de eo quod certo loco 221.
„ de filiatione 437.
„ de in rem verso 247, 248.
„ de libris agnoscendis 437.
„ de partu agnoscendo 437.
„ de pastu 327.
„ de patria potestate 428.
„ de peculio 247, 415, 430.
„ de pecunia constituta 240, 351.
„ de posito et suspenso 326.
„ de recepto 289.
„ de statu patrisfamilias 428.
„ de superficie 200, 382.
„ de thesauro 347.
„ de tigno iuncto 131, 152, 162.
„ depositi 227, 285; sequestraria 287.
„ directa 100, 217.
„ doli 121, 334.
„ duplex 99, 321.
„ emphyteuticaria 198.
„ emti 302 fg.

Actio exercitoria 247, 248.
„ ex stipulatu 93, 303, 350, 397, 410.
„ ex syndicatu 338.
„ ex testamento 558.
„ extraordinaria 100.
„ familiae erciscundae 97, 320, 527.
„ famosa 31, 98, 285, 334, 339, 393, 437.
„ finium regundorum 97, 321, 380.
„ funeraria 299.
„ furti 323, 380; adversus nautas etc. 289.
„ generalis s. de universitate 97.
„ honoraria 100, 217.
„ hypothecaria 378.
„ in factum 100.
„ in personam 97, 217.
„ in rem 97.
„ in rem scripta 97, 333.
„ iniuriarum 329, 393.
„ institoria 247, 248.
„ institutoria 360.
„ iudicati 116.
„ iurisiurandi 269.
„ legati 558.
„ legis Aquiliae 324, 380.
„ litigiosa 113.
„ locati 312, 314, 315.
„ mandata 235.
„ mandati 291, 356, 408.
„ mixta 97, 98, 99, 322.
„ nata 107.
„ negatoria 165, 169, 196, 380.
„ negotiorum gestorum 288, 297, 298, 356, 408.
„ noxalis 327.
„ ordinaria 100.
„ Pauliana 228, 335.
„ perpetua 106.
„ pigneratitia in personam 288.
„ pigneratitia in rem 378.
„ poenalis 98, 322.
„ popularis 31, 100, 104, 108, 326.
Actio praeiudicialis 97, 428.
„ praescriptis verbis 235, 314. 410.
„ praetoria 100, 106.
„ privata 100.
„ prohibitoria 169.
„ pro socio 318, 319.
„ protutelae 461.
„ Publiciana 170, 191, 196, 200, 371, 375, 378.
„ quanti minoris 304.
„ quasi Calvisiana et Farsa 607.
„ quasi institoria 248.
„ quasi Publiciana 191.
„ quasi Serviana 378.
„ quod iussu 247.
„ quod metus causa 237, 252, 33
„ rationibus distrahendis 43
„ redhibitoria 304.
„ rei persecutoria 98, 322, 4
„ rei uxoriae 410.
„ rerum amotarum 415.
„ rescissoria 81, 123, 360.
„ restitutoria 360.
„ sepulcri violati 104, 325.
„ servi corrupti 337.
„ Serviana 378.
„ specialis 97.
„ spolii 173.
„ stricti iuris 100, 203, 280, 3
„ temporalis 106.
„ tributoria 247, 436.
„ tutelae 459; subsidiaria 46
„ utilis 100, 246, 255, 378, 3
„ vectigalis 196, 382.
„ venditi 302.
„ viae receptae (reiectae) 33
„ vi bonorum raptorum 323, 33
„ vindictam spirans 104, 25
Actus 186.
Actus legitimi 63.
Addictio in diem 249, 306.
Ademtio legati 551.
Adiectus solutionis causa 261.

Aditio hereditatis 506 fg.
Adiudicatio 97, 146, 320, 372.
Adiunctio 152.
Administratio 77, 453 fg.
Adoptio 28, 422 fg. 488.
Adoptivverwandtſchaft 425, 475.
Adpromissor 350.
Adulterini 348, 476.
Adventitia dos 405; bona 432 fg.
Aedilitium edictum 304.
Aestimatio 206, 222; Aest. venditionis, taxationis gratia 398 fg.
Affectionsintereſſe 202.
Affinitas 38.
Affirmatores 460.
Afterbürge 354, 357.
Aftermiethe 310. 312.
Afterpfand 367, 374, 382.
Ager desertus 154.
Ager vectigalis 196.
Agnaten 28, 38, 444, 445, 474.
Agnition der bon poss. 508, 509.
Aleatoriſcher Vertrag 236.
Alienatio 57; in fraudem creditorum 228; iudicii mutandi causa 335.
Alieni iuris 28.
Alimente 269, 348; Vermächtniß derſelben.
Alluvio 153.
Alter 36, 423, 447, 440; bei Pfandrechten 384.
Altersvormundſchaft 440, 441, 448, 449.
Alternative Obligatio 203, 264, 268, 271; Vermächtniſſe 579.
Alterum tantum 209 vgl. 206.
Alumnus 488.
Alveus relictus 153.
A momento ad momentum 89.
Amt 291, 296; des Vormunds 447; des Obervormunds 462.
Analogie 14.
Anatocismus 209.
Anfangstermin 73.
Anfechtbarkeit 79.
Animus domini 135; donandi 80, 83; iniuriandi 338; novandi 268; possidendi 135, 187.
Annahme an Zahlungsſtatt 222.
Annus 88; utilis 106, 108, 172, 173, 228, 247, 304, 323, 336, 509.
Annuum legatum 572.
Anſtandsbrief 223.
Anſtellung des Vormunds 448.
Antichreſis 381.
Antinomie 13.
Antretung der Erbſchaft 242, 506.
Anwachſungsrecht 518.
Anweiſung 295.
Apocha 262.
Apoſtaten 34, 471.
Apprehenſion 139.
Aquaeductus, aquaehaustus 186, 192.
Arbiter 270.
Arbitratus boni viri 179. 397.
Arbitrium tertii 203, 302.
Argliſt 334 fg.
Argumentum a contrario 7, 8.
Arreſt 93.
Arrha 240, 249.
Arrogation 28, 422, 435, 607.
Arzt 314.
As 494.
Aſcendenten 38, 477, 597 fg.
Aſſignation 295.
Auction 231.
Auctor 56.
Auctoritas 59, 230, 440, 452.
Aufkündigung des Mandats 294; der Geſellſchaft 319.
Auflage ſ. Modus.
Auflöſung dinglicher Rechte 128; von Verträgen 249.
Auftrag 247, 248, 291 fg.
Auslegung der Geſetze 6, 7, 10...12; der Rechtsgeſchäfte 75.
Ausſpielgeſchäft 236.
Ausſteuer 398.
Ausübung der Rechte 92; der dinglichen Rechte 129; des Eigenthums 135;

der Dienstbarkeiten 187; der Obligationen 218 fg.; verpfändeter 382.
Authentica, §. 2; *sacramenta puberum*, 119, 240; *si qua mulier*, 363.
Aversio 300.
Avulsum 152.

Bauen als Erwerbart 152.
Baumaterialien 152.
Bausch und Bogen 300.
Beamte 296.
Bedingung 66 fg.; bei Schenkungen 80; bei Eigenthumsübertragung 145; bei Obligationen 203, 211, 249, 272; bei der Bürgschaft 350, 351; bei Pfandrechten 371, 384; bei Vormundschaften 444, 450; bei der Erbeinsetzung 495, 539; bei Vermächtnissen 548.
Beerdigung 299; Kosten 227.
Befreiung des Schuldners 213, 260 fg.; von Vormundschaften 447, 450.
Begnadigung 31, 117.
Beneficia iuris 23.
Beneficium abstinendi 511; Authenticae *si qua mulier* 363; causae 23; cedendarum actionum 255, 355; cessionis bonorum 224; competentiae 225, 279, 318, 393, 437; condemnationis in id quod facere potest 225; dationis in solutum 222; deliberandi 509; divisionis 215, 273, 355; eiurationis bonae copiae 224; excussionis 355, 357, 378; executionis 225; inventarii 523; ordinis 357; personae 23; separationis 524.
Bereicherung 80, 230, 295, 298, 414.
Berufspflicht 338.
Beschädigung 85, 250, 324 fg.
Beschränkungen des Eigenthums 131, 132.
Besitz 129; Besitz der Sachen 135 fg.; der Dienstbarkeiten 187; der Emphyteuse 195; der Forderungen 218; Besitz des Pfandgläubigers 365, 378 fg.; Besitz des Beklagten bei der Eigenthumsklage 166; bei der Pfandklage 378; bei der Erbschaftsklage 531; fingirter Besitz 136, 166, 346, 378, 531
Besitzeinweisung 93, 299, 372, 535 fg.
Betrug 62, 121, 269, 320, 334, 361, 362.
Beweis 114, 115; Bew. der Unverdenklichkeit 91; der Ersitzung 160; des Eigenthums 166; bei der negatoria actio 169; der Erfüllung 234, 262; in Betreff der lex Anastasiana 259, 261; des Darlehens 281; der [illegible] dotis 410; der patria potestas 42[illegible]; in Betreff der Veräußerung von Mündelgütern 457; des Erbrechts 532; der ademtio legati 557.
Binubus 417.
Bissextus 88.
Blinde 37, 487.
Blödsinnige 37, 59.
Bodenzins 200.
Bona adventitia 432 fg.; castrensia vel quasi 431; damnatorum 610; ereptoria 520; materna et materni generis 429; profectitia 430; parapherna 373, 412; receptitia 412; vacantia 608, 609. vgl. 45.
Bona fides bei der Klagverjährung 10[illegible]; bei der Ersitzung 161, 164, 189, 19[illegible]; beim Pfandbesitz 390; bei der Specification 155; des Beklagten 167, 168, 532.
Bonae fidei actio, obligatio, negotia 63, 100, 217, 353, 357, 410.
Bonae fidei possessor 136, 156, 170, 191, 371, 532.
Bonitarisches Eigenthum 134.
Bonorum possessio 466 fg., Carboniana 537; contra tabulas 59; cum re oder sine re 467; decretalis, edictalis 466; intestati 474; secundum tabulas 470, 539; ventris nomine 53[illegible]
Boten 245.
Brautgeschenke 413.

Brautgabe, Brautschatz 395.
Brevi manu traditio 139, 145.
Bundesgesetze 4.
Bürgerrecht 28.
Bürge, Bürgschaft 93, 215, 295, 349 fg. 378, 388.

Calumnia 31, 336.
Canon 196, 197, 199.
Canonisches Recht 3, 11; Testament 490.
Capacitas 506.
Capitis deminutio 28, 119, 121, 137, 194, 319, 426, 433.
Captatorische Verfügung 68.
Carbonianum edictum 537.
Casus 85.
Catonianische Regel 550.
Castraten 37, 423.
Caupones 289.
Causa: falsa 491; omnis 167; obligandi 233; rei 253; traditionis 145.
Cautela Socini 595.
Cautio 93; beim Modus 74; damni infecti 93, 192, 328, 347, 380; de damno praeterito 328; de demoliendo 330; de non amplus turbando 169, 172, 191; de rato 330; usufructuaria 180; quasi usufructuaria 181; bei der Arrogatio 424; bei der Vormundschaft 448, 462.
Cautio als Schuldurkunde 93; indiscreta 233.
Cession: der Klagen 112, 213, 214, 246, 355, 346; der actio litigiosa 113, 258; der Forderungen 254 fg.; der Pfandforderung 374, 378.
Cessio bonorum 224.
Chirographargläubiger 227.
Chirographaria pecunia 377.
Clausula generalis 120.
Codicill 79.
Codicillarclausel 546.
Cognaten 38, 425, 427, 444.
Collateralen 38.
Collation 528 fg.
Collegatare 544, 556.
Collegium 44.
Collision der Rechte 92; der Forderungen 226 fg.; der Pfandrechte 383, 388.
Colonus 309.
Colonia partiaria 312.
Commissa 147.
Commixtio 151.
Commodum rei 253, 302; repraesentationis s. temporis 220, 228.
Commodatum 232, 284.
Communio 320.
Compensation 264 fg., 357.
Competenz 225.
Compromiß 270, 359.
Computatio graduum 38.
Computatio temporis 89.
Concubinat 393, 421, 482, 492.
Concuratores 488.
Concursus causarum lucrativarum 276.
Concurs der Gläubiger 226 fg.
„ der Klagen 105, 247.
Condictio 100, 340; de bene depensis 280; ex lege 279, 340, 396; ex mutuo 280; furtiva 104, 323, 341, 415; incerti 340; indebiti 341; Iuventiana 280; ob causam datorum 342; ob iniustam causam 344; ob turpem causam 343; sine causa 345.
Conditio s. Bedingung.
Condominium 133.
Conductio 310 fg.
Confirmation der Vormünder 444, 448.
Confiscation 319, 610.
Confusio als Erwerbart 151; als Erlöschungsgrund von dinglichen Rechten, 194, 199; von Obligationen 272, 357; von Pfandrechten 389. vgl. 521.
Conjecturalkritik 9.
Coniuncti 556.
Coniux binubus 417.
Consanguinei 38.
Consensualcontracte 232, 267.

Consensus 59, 452; contrarius 267, 307.
Consilium 291.
Consolidatio 194.
Constitutum debiti 240, 351, 353.
Constitutum possessorium 140.
Contractus 232; aestimatorius 290; emphyteuticarius 198, 310; mohatrae 280; socidae 312.
Contrabictor 226.
Contremandiren 295.
Contutores 458.
Convaleſcenz 79, 371, 384, 414, 430.
Conventionalpfandrecht 371.
Conventionalſtrafe 211, 270.
Conventioneller Eid 269.
Converſion eines Rechtsgeſchäfts 79.
Corporation 42 fg.
Correalobligationen 213 fg., 251, 267, 271, 277, 349, 350.
Creditauftrag 295.
Cridar 226.
Crimen expilatae hereditatis 323.
Culpa 85 fg., 250.
Cura, curator bonorum 296; personarum 440 fg.
Curatorium 448.
Custodia 77, 86, 93, 250.

Damnum 118; emergens (circa rem, extra rem) 206; infectum 328; iniuria datum 324; in turba datum 325.
Darlehen 280 fg.
Datio in solutum 222, 357.
Debitum legatum 576.
Decretum Divi Marci 94; decr. secundum 93, 328.
Dejection 174.
Delation des Eides 115; des Erbrechts 470; der Vormundſchaft 444 fg.
Delegation 268, 271.
Deliberationsfriſt des Erben 509.
Delict 84, 85, 243, 322 fg.
Depoſition einer Zahlung bei Gericht 261.
Depoſitum 232, 285 fg.
Dereliction 154; der Servituten 193.
Derogations- und Correctionsklauſeln 508.
Deſcendenten 38, 477, 598, 592 fg.
Detention 135, 136, 179, 187.
Diebſtahl 323.
Dienſtbarkeiten ſ. Servituten.
Dienſtmiethe 309, 314.
Dienſtvergütung ohne Vertrag 314.
Dies als Zeittheil 88; dies utiles 90.
Dies als Zeitbeſtimmung 73; dies cedit venit 73, 220, 554.
Diligentia 86, 250.
Dingliche Rechte 22, 126 fg.
Dissensus mutuus 267, 307.
Distractio bonorum 228.
Divisio parentum inter liberos 490.
Dolus 62, 85 fg., 250, 334.
Domicilium 40.
Dominium 126; civile, naturale 466; directum, utile 134, 195; dominium 152, 404; limitatum, illimitatum 134; revocabile, irrevocabile 134.
Dominus 126; negotii 77, 297; proprietatis 178.
Donatio 80 fg.; inofficiosa 59; inter virum et uxorem 414; mortis causa 589 fg.; propter nuptias 413; quasalitia 413.
Dos 394 fg.; dos praelegata 577.
Dotalgrundſtücke 402, 409.
Dotalklage 410.
Dotation 396.
Drohung 61, 333.
Duo rei ſ. Correalobligation.
Duplicatio 101.
Duplum 98, 252.
Dupondius 494.

Edictalcitation 26.
Edition 346.
Ehe 393 fg.
Ehegatten, Rechte derſelben 393; Schenkung unter ihnen 414; Erbrecht derſelben 480.
Ehre, Ehrenminderung 29 fg.

Eid, zur Bestärkung von Versprechen 93, 240; als Beweismittel 115; als Vergleich 269; der Vormünder 448, 462.
Eigenthum 22, 126, 130 fg.; seiner selbst? 24; an Dotalsachen 401.
Eigenthumsbeschränkungen 131, 132.
Eigenthumsbesitz 135 fg.
Eigenthumserwerb 144 fg.
Eigenthumsklagen 165 fg.
Einquartirungslast 311.
Einreden 101 fg.
Einwilligung s. Consensus.
Eisern Vieh 312.
Emancipation 426 fg.
Emblemata Triboniani 8.
Emphyteusis, Emphyteuta 195 fg.
Emtio venditio 232, 300 fg.; emtio spei, rei speratae 300.
Endtermin 73, 128, 272.
Enterbung 601 fg.
Entwährung s. Eviction.
Entwendung 323; unter Ehegatten 415.
Erbantretung 506 fg.
Erbeinsetzung 492 fg.
Erbfähigkeit 471.
Erbfolge 464 fg.
Erbpacht 196.
Erbrecht 463.
Erbschaft 463.
Erbschaftsklage 531 fg.
Erbtheile 479, 494.
Erbtheilung 526 fg.
Erbvertrag 470.
Ereptorium 520.
Erfüllung der Bedingungen 69 fg.; der Obligationen 219 fg.
Erlaß 267.
Error facti, iuris 62; in corpore 238.
Ersatzklagen 98, 322.
Ersitzung des Eigenthums 136, 157 fg.; der Dienstbarkeiten 189; der Emphyteuse und Superficies 198, 200.
Erwerb der Rechte überhaupt 56; des Besitzes 139 fg.; der dinglichen Rechte 127; der Dienstbarkeiten 188 fg.; des Eigenthums 144 fg.; der Emphyteuse und Superficies 198, 200; der Erbschaft 506 fg.; der Früchte 149, 156; des Pfandrechts 370 fg.; der Vermächtnisse 554 fg.
Erwerbgrund, Erwerbtitel 127, 160.
Erwerbgesellschaft 317.
Erzeugnisse 149; Pfandrecht an denselben 368, 384; Eviction derselben 303.
Erziehung 417, 428, 437, 451.
Essentialia negotii 79.
Eviction 227, 303, 305, 375; der Dos 404.
Exceptio 101 fg.
Exceptio annua 106.
„ cedendarum actionum 355.
„ compensationis 264 fg.
„ doli 102, 341.
„ dominii 165, 170.
„ excussionis 378, 388.
„ in personam, in rem 102.
„ iurisiurandi 269.
„ litis pendentis 113.
„ metus 237, 333.
„ non impleti contractus 234.
„ non numeratae dotis 410.
„ non numeratae pecuniae 281.
„ ordinis 355.
„ pacti conventi 269, 272.
„ peremtoria und dilatoria, perpetua und temporalis 102, 217.
„ procuratoria 81.
„ rei in litem deductae 113, 116.
„ rei iudicatae 116.
„ rei venditae et traditae 168.
„ Sc. Macedoniani 282.
„ Sc. Velleiani 360.
„ servitutis 188.
„ spolii 173, 333.
„ temporis 111.
„ transactionis 269.
„ vitiosae possessionis 112.

Expectio utilis, in factum 102, 168.
Excusatio 442, 447.
Exercitor 247, 248.
Exheredatio 601, 602; bona mente 603.
Expromissio 268, 359.

Factor 247.
Fahrläſſigkeit 86.
Falcidiſche Quart 561 fg.
Familie 22, 393 fg.
Familienfideicommiß 549.
Familienſtand 28.
Fauſtpfand 288, 365, 367, 380.
Feingehalt 205.
Feldbienſtbarkeiten 186.
Feldmeſſer 338.
Ferien 87.
Fideicommiß 541, 580 fg.
Fideicommissum eius quod superierit 583; familiae 549; heredi praesenti iniunctum 545; hereditatis 541; successivum 588.
Fideiussio, fideiussor 350 fg.; fideiussoris 354; indemnitatis 355; in rem suam 356; succedaneus 354.
Fiducia 365.
Fiduciar 580.
Filiusfamilias 28, 76, 246, 247.
Fiscus 41, 47.
Flußbett 153.
Foenus nauticum 209, 210, 283.
Forderung 22, 201 fg.
Forderungskauf 259.
Form der Rechtsgeſchäfte 64; der Verträge 232; der Teſtamente 485 fg.
Frauen 35, 59, 62, 270, 358 fg. 442.
Frucht 55.
Fruchterwerb 149, 156.
Fuhrleute 315, 289.
Fundbiebſtahl 154.
Furtum 323.
Fußſteig 186.
Furcht 61, 237, 333.
Furiosi 37, 59, 44.

Gant 226.
Gebäudedienſtbarkeiten 185.
Gebrauchsrecht 182.
Gegeneinrede 101.
Geiſteskrankheit 37, 59.
Geiſtliche 225, 310, 358, 609.
Geld 51, 52, 205.
Gelübde 241.
Gemeinheiten 41 fg.
Gemeinſchaft 317, 320, 383.
Gemeinſchuldner 226.
Genehmigung 78, 247, 248, 298, 371, 384.
Generalhypothek 367 fg., 373, 411.
Genus 51, 274.
Gerichtſtand 40.
Geſammteigenthum 134.
Geſammtſchuld ſ. Correalobligation.
Geſchäftsführung 43, 77, 291 fg.
Geſchlecht 35.
Geſellſchaft ſ. Societas.
Geſtändniß 114.
Geſundheit 37.
Gewähr der Mängel 304, 308.
Gewagte Geſchäfte 236.
Gewalt ſ. vis und potestas.
Gewerbführer, Gewerbherr 247.
Gewohnheitsrecht 4.
Gläubiger 201 fg.; Concurs derſelben 226 fg., 524.
Glücksverträge 236.
Gränzſcheidung 321.
Großjährigkeit 36.
Grunddienſtbarkeiten 177, 183 fg.
Grundzins 200.

Habitatio 182, 194.
Halbbürtige Verwandtſchaft 38.
Handelsfrauen 361, 362.
Handelsgeſchäft 247.
Handlohn 297.
Handlung als Gegenſtand von Rechten 22, 201 fg.; als Entſtehungs- und Endigungsgrund von Rechten 57 fg.; unerlaubte 84 fg., 322 fg.

Handlungsfähigkeit 59, 230.
Hauptsache 54, 152, 368, 406.
Hauptschuld, Hauptforderung 207, 211, 276, 277, 368.
Haustind s. Filiusfamilias.
Heirathgut s. Dos.
Hereditas s. Erbschaft.
Hereditas iacens 41.
Hereditatis petitio 531 fg.
Heres extraneus 511; fideicommissarius 580; fiduciarius 580; necessarius 511; voluntarius 506.
Hinterlegung, gerichtliche 261.
Hinterlegungsvertrag 285 fg.
Hoffnungskauf 300.
Hyperocha 378, 388.
Hypotheca 365 fg.

Iactus lapilli 329, 330; mercium levandae navis gratia 316; missilium 145.
Jahr s. Annus.
Id quod facere potest 225.
Ignorantia iuris et facti 62.
Illation der Dos 411.
Immemorialverjährung 91.
Immission 93, 328, 372.
Immixtion 511.
Impensae 168, 268, 302, 311, 408.
Impetratio dominii 148, 376.
Impuberes 36, 440, 59.
Inaedificatio 152.
Incestuosi 471, 476.
Incola 40.
Indebitum 341.
In diem addictio 249.
Indignität 520, 557.
Indult 223.
Infamie 30 fg.
Infantes, infantia maiores, infantiae proximi 36, 59, 450, 452.
Infirmation 79.
Infitiatio 98, 252.
In integrum restitutio 117 fg.
In iure cessio 179, 193.
Iniuria 85, 339.
Innominatcontract 232.
Inofficioſtätsſyſtem 599.
Inquilinus 309.
In rem versio 247, 385.
Inſinuation der Schenkungen 81; der Klagen 113.
Inſolvenz 224, 226.
Inſtitor 247, 248.
Institutio heredis 492 fg.; mystica 493.
Instrumentum 115; publicum, quasi publicum 362, 386; dotale 410, 421; legatum 567, 570.
Insula in flumine nata 153, 179.
Interceſſion 359 fg.
Interdicta, interdicti actiones 100.
„ adipiscendae, recuperandae, retinendae possessionis 171 fg.
Interdictum de acqua 192.
„ de arboribus caedendis 347.
„ de clandestina possessione 173.
„ de cloacis 192.
„ de fonte 192.
„ de glande legenda 347.
„ de itinere actuque, de itinere reficiendo 192.
„ de liberis ducendis et exhibendis 438, 31.
„ de libero homine exhibendo 339.
„ de migrando 347.
„ de opere restituendo 330.
„ de precario 173, 192.
„ de rivis 192.
„ de superficiebus 200.
„ de tabulis exhibendis 346.
„ de thesauro 347.
„ de uxore ducenda vel exhibenda 393.
„ de vi 173, 192, 383.

Interdictum demolitorium 330.
„ duplex 172.
„ fraudatorium 228.
„ ne vis fiat ei qui in possessionem missus est
„ quod legatorum 562. 590.
„ quod vi aut clam 329.
„ quorum bonorum 535.
„ Salvianum 379.
„ uti possidetis, utrubi 172, 192.
Intereſſe 167, 202, 206, 250, 251.
Interpellation 251.
Interpretation der Rechtsquellen 6 fg.; der Rechtsgeſchäfte 75.
Interruſurium 220.
Intestabiles 484.
Inteſtaterbfolge 473 fg.
Invecta et illata 378.
Inventar 448, 462.
Irrthum 62, 121, 145, 237, 239.
Iter 186; ad sepulcrum 131, 194.
Juden 34.
Iudex qui litem suam fecit 338.
Iudicium acceptum 113; divisorium 97; duplex 98; rescindens, rescissorium 123; supremum 484.
Iuramentum ſ. Iusiurandum.
Juratoriſche Caution 93.
Iura in re 22, 126.
Iura praediorum 183 fg.
Iuris quasi possessio 187, 195.
Juriſtiſcher Beſitz 135 fg.
Juriſtiſche Perſon 24, 41 fg., 471, 492
Ius, in iure 100, 113.
Ius abstinendi 511, 519.
„ accrescendi 517, 518, 556, 575.
„ ad rem 22.
„ commune, singulare 23.
„ incolatus 40.
„ in rem, in personam 22.
„ offerendi 388, 390.
„ orginis 40.
„ poenitendi 235.
Ius possessionis, possidendi 135.
„ postliminii 127.
„ praesens, futurum 21.
„ protimiseos 304.
„ tollendi 168, 298, 408.
„ vitae ac necis 428.
Iusiurandum, assertorium, promissorum 115, 240.
„ calumnia 328, 331. 437.
„ in litem 115, 206.
„ suppletorium, purgatorium 115.
„ Zenonianum 115.
Iusta causa bei der Tradition 145; bei der Erſitzung 160; bei der Poſſicitation 241.
Iusta, iniusta possessio 136.

Kalender 88.
Kauf 300 fg.
Kinder (infantes) 36, 59, 137.
Kinder (liberi) 39.
Kirchen 119, 122, 162.
Klage ſ. Actio.
Klagenverjährung 106 fg.
Krankheit 37, 442, 447.
Kritik 9.
Kündigung 107, 272, 313, 315, 319.

Laeſion 118.
Laesio enormis, ultra dimidium 307. enormissima 270.
Laudatio auctoris 166.
Laudemium (Lehenwaar) 197.
Laudum 270.
Laxamentum temporis 455.
Lebensfähigkeit 25.
Lectio vulgata, Florentina, Haloandrina 9.
Legalſervitut 131.
Legat ſ. Vermächtniß.
Legitima portio 593.
Legitimae usurae 208.
Legitimation 28, 421.
Leihvertrag 284.

Letztwillige Verfügung 63.
Levis nota 30, 32, 604.
Lex Anastasiana 359.
„ Aquilia 85, 324.
„ Atilia 444.
„ Atinia 162.
„ Cincia 81.
„ commissoria 249, 306, 376.
„ Cornelia de iniuriis 339.
„ Falcidia 561 fg.
„ Furia und Voconia de legatis 562.
„ Furia de sponsu 355.
„ Julia de fundo dotali 402.
„ Julia de maritandis ordinibus 31, 396.
„ Julia et Plautia 162.
„ Papia Poppaea 556.
„ Rhodia de iactu 316.
„ Scribonia 189.
Lex interpellat pro homine 251.
Liberatio legata 576.
Liberatorischer Vertrag 267.
Liberi (freie) 28.
Liberi (Kinder) 39; naturales, ex damnato coitu nati 348, 421, 476.
Licitation 320.
Linea ascendens, descendens, transversa 38.
Liquidität 264, 375.
Litigiosität 113.
Litis aestimatio 167.
Litiscrescenz 98, 252.
Litisconteſtatio 113, 271, 559.
Litisdenuntiatio 308.
Litispendenz 111, 113.
Litterae induciales, quinquennales 223.
Litteralcontract 282.
Locatio conductio 309 fg.
Location der Gläubiger 227, 384.
Longa manu traditio 189.
Longi temporis praescriptio 157; possessio 157; quasi possessio 189.
Longo tempore capio 157.
Loos 92, 320.
Lucidum intervallum 59.
Lucra nuptialia 417, 418, 429.
Lucrative Rechtsgeschäfte 68; Verträge 234.
Lucrum cessans 118, 206.

Mängel der Willensbestimmung 60 fg., 237, 491; der Form 64; der Sache 304, 311, 313, 315.
Mäkler 314.
Magister navis 247, 248.
Mahnung 251, 375, 376.
Majorenne, Majorennität 36, 59.
Majorität 43, 223, 267, 270.
Mala fides beim Rechtsstreit 113, 167, 371, 532; bei der Specification 155; beim Fruchterwerb 156; bei der Ersitzung 159, 161.
Mandat 77, 232, 291 fg., 356.
Mandatum ad agendum 255.
„ praesumtum 393.
„ qualificatum 294, 352, 358.
Manifestationseid 523.
Mannbarkeit 36.
Massacurator, Massagläubiger 226.
Materfamilias 28.
Mensor 338.
Mente captus 37.
Metus 61, 119.
Miethe, Miethvertrag 309 fg.
Milde Stiftungen 41, 46.
Miles s. Soldaten.
Minderjährige, minores 36, 59, 62, 119, 440, 242, 452.
Mißgeburt, Monstrum 25.
Missio in possessionem 93, 372.
„ „ poss. Antoniniana 559.
„ „ damni infecti nomine 148, 328.
„ „ ex lege ult. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo 585.
„ „ legatorum servandorum causa 559.
„ „ ventris nomine 536.

Mitbesitz 135.
Mitbürge 354, 355.
Miteigenthum 133, 147, 151, 183, 188, 191, 320, 371.
Miterbe 464.
Mitgläubiger, Mitschuldner 213, 267, 268, 269, 271, 273.
Mittelspersonen 76, 231.
Mitvormünder 458, 462.
Moderamen inculpatae tutelae 94.
Modus adquirendi 127.
Modus als Nebenbestimmung bei Rechtsgeschäften 74, 83, 495, 548.
Monat 88.
Monstrum 25.
Mora 251, 375, 406, 459.
Moralische, mystische Person s. juristische Personen.
Moratorium 228.
Morbus sonticus 37.
Mortis causa capio 589; donatio 589, 590.
Mulcta poenitentialis 211.
Municipes 40.
Mündel, Mündelgüter 452 fg.
Mündigkeit 36, 240, 484.
Muttergut 432, 479.
Mutuum 232, 280 fg.
Mutuus dissensus 267.
Mystische Erbeinsetzung 493.

Nachbürge 354.
Nachlaß 267; der Pacht 312.
Nachlässigkeit 62, 86.
Nasciturus 25, 110.
Naturalia negotii 65, 114.
Naturalis obligatio 217.
Naturalcomputation 89.
Natürliche Person 25 fg.
Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften 66 fg.; bei der Erbeinsetzung 495; bei Vermächtnissen 548.
Nebenperson 64, 460.
Nebensache 54, 152, 253, 407.
Nebenverträge 249, 306.
Negotia 63; claudicantia 234.
Negotiorum gestio 77, 242, 251 u. 320, 356.
Negotium mixtum 83; utiliter gestum 298.
Neugestaltung einer Sache 155.
Nichtigkeit 68, 72, 233 fg., 238 u. 503, 599.
Nießbrauch, Nutznießung 178.
Nomen bonum, verum 257; legatum 576; pignori datum 367.
Nominatio auctoris 166.
Nominatoren 460.
Nonusus 92, 191, 194.
Notherben 591 fg.
Nothweg 131.
Nothwehr 94.
Notorietät 114.
Novation 267, 268, 271, 374, 38
Novellen 2.
Noxae datio 327.
Noxalklagen 113, 327.
Nullität s. Nichtigkeit.
Nullitätsquerel s. querela.
Nuntiatio novi operis 330.
Nutzeigenthum 144.
Nutznießer 156, 178.
Nutzungsrechte 126, 367.

Obereigenthum 134.
Obervormundschaft 23, 462.
Oblatio verbalis, realis 251.
Obligatio 22, 201 fg.
Obligatio alternativa 203.
„ bonae fidei, stricti juris 217, 221, 250.
„ certa, incerta 203.
„ civilis, naturalis, honoraria 217, 225, 230, 264, 271, 277, 282, 341, 350, 36
„ correalis 213.
„ dividua, individua 204.
„ ex delicto 84, 171, 24
„ inanis, inefficax, quae nulla 217.

Obligatio in solidum 214.
„ unilateralis, bilateralis 212.
Obligatorische Verträge 233.
Obmann 270.
Occupation 139, 151.
Omissivhandlung 58.
Onerirter 542.
Oneröse Verträge 234.
Operae servorum 182, 194.
Operae locari solitae, illiberales 314.
Operis novi nuntiatio 330.
Optio legata 579.
Opus in solo factum 329.
„ manufactum 331.
Oralfideicommiß 545.
Oratio D. Hadriani 533.
„ D. Severi 457.
Originärer Erwerb 127.
Origo 40.
Ornamenta 304.
Ort der Erfüllung 221.
Osculum 413.

Pacht 309.
Pächter öffentlicher Einkünfte 325.
Pacta adiecta 249.
„ dotalia 400, 421.
„ praeparatoria 231.
Pactio, pactum 63, 232.
Pactum antichreticum 381.
„ de contrahendo 231.
„ de ingrediendo 379.
„ de mutuo dando 280.
„ de non petendo 267.
„ de non praestanda evictione 303.
Pactum de retroemendo, de retrovendendo 301, 306.
„ displicentiae 249.
„ hypothecae 306.
„ nudum, legitimum, praetorium 282.
„ reservati dominii 145, 306.
Paraphernen 374, 412.
Parens manumissor 444, 477, 607.
Parens binubus 373, 417, 474.
Parentes 38, 39, 419 fg., 489.
Pars pro diviso, pro indiviso 53, 133, 138.
Partitio legata 580.
Paterfamilias 28, 246, 247.
Patria potestas 421 fg.
Pathengeschenke 432.
Pauperies 327.
Peculium 247, 429.
„ adventitium (regulare, irregulare) 429, 432, 433.
„ castrense, quasi castrense 431, 414, 247, 282, 592.
„ clericale 431.
„ militare, paganum 401.
„ profectitium 137, 141, 430, 436.
Pecunia 51; constituta 351; lustrica 432; non numerata 281; trajectitia 283.
Pensio 197, 200.
Perception 156, 179.
Peregrini 28.
Perfection 231, 301, 309.
Periculum 253.
Permutatio 308.
Perpetuatio 113, 251.
Person 24; natürliche 25 fg.; juristische 41 fg.
Persönlichkeit 24.
Personalarrest 93.
Personalklage 97.
Personalservitut 177, 178 fg.
Pertinenzen 54.
Petitio tutorum vel curatorum 446.
Petitorium 171.
Pfandklage 378.
Pfandrecht 126, 364 fg.
Pfandvertrag 288.
Pfändung 372.
Pflanzen 152.
Pflegkinder 438.
Pflichttheil 591 fg.

Pflichttheilsberechtigte 592.
Pia corpora, piae causae 41, 46.
Pignus als Contract 232, 288; als Pfandrecht 364 fg.
Pignus conventionale 371, 384.
„ generale 368.
„ in causa iudicati captum (iudiciale) 372, 384.
„ legale 373, 384.
„ necessarium 370.
„ nominis 367.
„ praetorium 372, 384.
„ privilegiatum 385.
„ publicum, quasi publicum 386.
„ tacitum 373.
„ testamentarium 371, 384.
„ voluntarium 370.
Plantatio 152.
Poena promissa 211; compromissa 270.
Poenae nomine relicta 491.
Poenae secundarum nuptiarum 147, 417.
Pollicitation 229, 241.
Popularklagen 100, 104.
Positum et suspensum 826.
Possessio 129, 135 fg.
„ ad interdicta 136.
„ bonae fidei, malae fidei 136.
„ civilis, naturalis 136.
„ iusta, iniusta 136.
„ pro emtore, pro herede etc. 160.
„ pro herede vel pro possessore 531.
Poſſeſſoriſche Klagen (Interdicte) 171 fg.
Possessorium ordinarium, summarium 171.
Postliminium 127.
Postulatores 460.
Postumi 598.
Potentior 491, 258.
Potestas 28, 76, 77, 246 fg., 421 fg.
Poteſtativbedingung 67, 68, 598.
Praedium 50; dominans, serviens; rusticum, urbanum; vicinum 193; rustica, suburbana 457.
Prädialſervituten ſ. Grundſervituten.
Präjudicialklagen 97.
Praelegatum 544.
Praemium emancipationis 433, 435.
Praescriptio-exceptio 101.
Praescriptio acquisitiva, extinctiva 87.
„ definita 91.
„ dormiens 110.
„ immemorialis 91.
„ longi temporis 106, 107.
„ longissimi temporis 30 vel 40 annor. 108, 111, 125, 144.
Praesumtio hominis, iuris, iuris et de iure 114.
Präſumtion der Verwandtſchaft 39.
Präterition 599 fg.
Prävention 383.
Praxis 11.
Precariſt 135, 173.
Precarium 135, 136, 284.
Primipilus 385.
Priorität des Todes 27; der Pfandrechte 384, 387.
Privation 199.
Privatteſtamente 485 fg.
Privilegien 23, 57.
Privilegia exigendi 227, 256.
Privilegiatus 92.
Privilegirte Forderungen 227; Vorrechte 385; Teſtamente 487 fg.
Probe 301.
Procurator (generalis, omnium bonorum) 77; in rem suam 112, 123, 254, 255.
Prodigus 37, 59, 442, 484.
Pro herede gestio 508.
Promiſſoriſche Caution 93.
Promiſſoriſcher Eid 115, 240, 452.
Promissio dotis 397.
Propoſitionen 231.
Proprietas nuda 178, 417.
Proteſtation 75, 110.

Protutor 461.
Provocatio ex lege, si cont. 355.
Proxeneta 245, 314.
Proceßzinſen 231, 369.
Pubertas 36.
„ plena 36, 423, 573.
Publiciana in rem actio ſ. actio.
Punktationen 231.
Pupilli 36.
Purgatio morae 251.
„ vitii possessionis 162.
Putativtitel 160.
Putative Ehe 476.

Quaestio Domitiana 486.
Quanti ea res est 206.
Quarta Divi Pii 424, 607.
„ Falcidia 562 fg.
„ Trebelliana 584.
Quaſibeſitz 129, 187, 189, 195.
Quaſidelicte 243.
Quaſicontracte 229, 242, 297.
Quaſitradition 188, 191.
Quaſiuſusfructus 181.
Querela inofficiosae donationis et dotis 597.
Querela inofficiosi testamenti 104, 113, 596, 597, 598, 599, 605, 607.
Querela non numeratae dotis 410.
„ non numeratae pecuniae 262, 281.
Querela nullitatis 79; bei teſtamentariſchen Verfügungen 599.
Qui dolo malo possidere desiit 104, 167, 346, 388, 531.
Quinquagesima emphyteuticaria 197.
Quinquenellen 223.
Quiritiſches Eigenthum 134, 157.
Quittung 262.

Rangordnung der chirographariſchen Gläubiger 227.
„ der hypothekariſchen 227, 384.
Rath 291.
Ratihabition 78, 298.
Realarreſt 93.
Realcaution 93.
Realcontracte 232, 235.
Realſervituten 177, 183 fg.
Receptum arbitri 270.
„ cauponum, nautarum 289.
Rechte 21, 22; ihr Schutz und ihre Geltendmachung ꝛc. 92 fg.
Rechte an Sachen 126; deren Erwerb und Verluſt 127.
Rechtsfähigkeit 24; der natürlichen Perſonen 28, der juriſtiſchen 41; der Sachen 49.
Rechtsgeſchäfte 63 fg.; zwiſchen Vater und Sohn 435, 436.
Rechtsgutachten 4.
Rechtsobjecte 48.
Rechtsquellen 2 fg.; deren Gebrauch und Auslegung 6 fg.
Rechtsſubjecte 24.
Rechtsverhältniſſe 21.
Rechtswidrige Handlungen 58.
Rechtsirrthum ſ. error.
Rechtsſtreit 104, 113, 271, 287.
Recitatio testamenti 504.
Reconventio 99.
Redemptor operis 315.
Rebotation 403.
Reichsgeſetze 4. 11.
Rei vindicatio 130, 132, 166 fg.; (utilis 170, 200).
Religionsbekenntniß 34.
Relocatio 313.
Remedium ex lege ult. cod. de edicto D. Hadriani tollendo 535.
Remedium ex lege 2 Cod. de resc. vend. 307.
„ (ex novella 115) 599.
Remissio-pactum de non petendo 267.
Remissio furoris 37.
„ des Pachtzinſes 312.
„ pignoris 390.
Remotio tutoris 450.

Remuneration für Dienste 314.
Remuneratorische Schenkung 83.
Renten 207, 210.
Rentenforderung, ihre Verjährung 107.
Rentenvermächtniß 572.
Renuntiatio 57.
„ mandati 294.
„ societatis 319.
Reparaturkosten 208, 147, 197, 311.
Replik 101.
Repräsentanten 76, 77, 140, 143, 145; bei Entstehung von Obligationen 245 fg., 291.
Repräsentationsrecht 477.
Repromissio 93.
Repudiation des Erbrechts 510.
Repudiation in fraudem legatariorum 553.
„ des Vermächtnisses 555.
Res 48.
„ corporalis, incorporalis 48.
„ communis pro partibus indivisis 53.
„ derelicta 154.
„ divini juris 49.
„ dominica 162.
„ fiscalis 162.
„ fungibilis 51.
„ furtiva 162.
„ futura 367, 368.
„ in commercio 49.
„ judicata 116.
„ litigiosa 113, 162.
„ mobilis 50.
„ nullius 154.
Res omnium communis 49.
„ publica 49.
„ usu-consumtibilis 52.
„ vitiosa 166.
„ succedit in locum pretii 48.
Rescissibilität 79; der Testamente 599.
Reservation 75.
Resolutivbedingung s. Bedingung.
Respectus parentelae 38.
Restitutio famae 31.
Restitutio der Früchte 167, 191.
„ der dos 405 fg.
„ in integrum 117 fg.
„ des Universalfideicommisses 582 fg.
Restitutionsgesuch 122.
Restitutionsgründe 119.
Retentionsrecht 102, 328; beim Depositum 285; beim Pfand 377.
Retentio ex dote 408; propter liberos 405.
Retrotraction der erfüllten Bedingung 71.
Reugeld 240.
Revocable dingliche Rechte 128.
Revocation der Schenkungen 82.
Revocatio ex nunc, ex tunc 128
Rückverkauf 301.
Rückfall des Dotaleigenthums 128, 404.
Ruhende Verjährung 110, 163.

Sachen s. res.
Satisdatio 93, 328.
Schadenersatz 85, 167, 162, 172, 206, 214, 249, 243, 311, 323, 325, 328 fg.
Schalttag 88.
Schätze 154, 196, 253.
Schätzungseid s. iusiurandum in litem.
Scheidemünze 205.
Scheidung 405, 415, 416, 437, 480.
Schenkung 80 fg., 225, 233, 246, 303, 304, 317, 456; auf den Todesfall 80, 589, 590; unter Ehegatten 414, 399, 404.
Schenkungsversprechen 279.
Schiedsrichter 270.
Schiffer 289.
Schmerzensgeld 324.
Schuldschein 281.
Schuldverhältnisse, ihre Entstehung 229.
Schwägerschaft 38.
Schwangerschaft 38, 437.
Secundae nuptiae 147, 417.
Selbsthülfe 94, 277.
Senatusconsultum (181).

Senatus Iuventianum 533.
„ Libonianum 491.
„ Macedonianum 282.
„ Pegasianum 584.
„ Plancianum 437.
„ Trebellianum 580 fg.
„ Velleianum 359 fg.
Senectus 36.
Separata oeconomia 426.
Separatio bonorum 524, 525.
Sequeſter 135.
Sequeſtration 93, 287, 296.
Servi 28.
Servituten 175 fg., 169.
Servitutes affirmativae, negativae 184; continuae, discontinuae 184; legales 190, 131; irregulares 177; personarum, praediorum 177; praediorum rusticorum, urbanorum 184, 185, 186, 382.
Signatio testamenti 485.
Simulatio 60, 237.
Societas 317 fg., 213, 225, 232; omnium bonorum 317, 318; quaestus et lucri 317.
Socius liberalitatis imperialis 609.
Solarium 200.
Soldat 225, 358, 487, 497, 592.
Solidariſche Obligationen 214 fg., 285, 292, 293, 334, 324 fg., 333, 349, 354, 460, 462.
Solidus 81.
Solutio 261 fg.
Solutionis causa adiectus 261, 268
Sors 207.
Spadones 37.
Spatium deliberandi 509.
Species 51, 203, 204, 205, 221, 274, 569.
Specificatio 151, 155.
Spiel 236, 303.
Spolium 173, 192, 333.
Sponsalia 476.
Sponsio 350.
Sponsiones 236.
Status 28, 537.
Stellvertreter ſ. Repräſentanten.
Stiftung 46.
Stillicidium 185.
Stipulatio 232; Aquiliana 267; duplae 303, 304.
Stumme 37, 59, 270, 486.
Stundung 223.
Strafe ſ. poena.
Subhaſtation 231.
Sublocatio 310.
Subpignus 367, 382.
Subscriptio testium 485.
Substitutio 496 fg.; breviloqua 496; duplex 497; fideicommissaria 549; pupillaris 497; quasipupillaris 499; tacita 497; vulgaris 497.
Subſtitution beim Mandat 292.
Successio 56; in querelam 605; ordinum et graduum 478; per universitatem 56.
Succeſſion der armen Wittwe 481.
„ der Concubinenkinder 482.
„ in capita, in stirpes, lineas 479.
Succeſſionsfähigkeit 471.
Succeſſionsordnung 477 fg.
Suffragium 314.
Sui heredes 506, 511, 591 fg.
Sui iuris 28, 423, 426, 427.
Summariissimum 172.
Superarbiter 270.
Superficies 195, 200, 126, 367, 382, 398, 575.
Suspecti remotio 31, 450.
Suſpenſivbedingung ſ. Bedingung.
Syndicatsklage 338.

Tag 88.
Taubheit 37, 39, 270.
Tauſchvertrag 308, 303.
Tauſchwerth des Geldes 205.
Tempus continuum, utile 90.
Termin 87.
Testamentifactio 484, 492.
Testamentum 483.

Testamentum ad pias causa 489.
„ apud acta conditum 490.
„ coeci 487.
„ correspectivum 500.
„ destitutum 503.
„ holographum 455.
„ irritum 503.
„ iniustum 503.
„ inofficiosum 591 fg.
„ iudici vel principi oblatum 490.
„ militis 487, 497, 587.
„ mysticum 493.
„ nullum 503, 599.
„ nuncupativum 485.
„ parentis inter liberos 489.
„ publicum 490.
„ reciprocum 500.
„ ruptum 503.
„ ruri conditum 488.
„ tempore pestis conditum 488.
„ eines Schreibunfähigen 487.
Teſtamentsvollſtrecker 504.
Teſtamentszeugen 485, 486 fg.
Testes 115.
Teſtirunfähigkeit 484.
Theilbarkeit des Gegenſtandes bei Obligationen 204; überhaupt 53.
Theilungsklagen 97, 99, 106, 320, 321, 527.
Thiere 327.
Thlibiae und Thlasiae 87.
Tignum iunctum 152.
Titulus 160.
Titulus und modus acquirendi 127, 188.
Tod 26, 469; insbeſondere als Endigung des Mandats 294; der Societät 319; der Obligationen 104, 373.
Todeserklärung 26.
Tractate 231.
Tradition 139 fg., 145.
Transactio 269.
Transitus dominii legalis 145.
Translatio actionum 104; legati [illegible].
Translative Uebertragung von Rechten [illegible].
Transmissio 512; ex capite infantiae 513; ex capite in integrum restitutionis 516; ex capite minutionis 512; iustinianea 515; theodosiana 514.
Trauerjahr 31, 33, 418, 471.
Trennung 196, 149, 152, 179.
Trödelvertrag 290.
Turpitudo 30, 32.
Tutela 440 fg.; divisa 458; dativa, fiduciaria, legitima, testamentaria 444; pactitia 447.
Tutor Atilianus, praetorius 444; praetorius, honorarius 458; falsus [illegible].
Tutorium 448, 462.

Umwandlung von Rechtsgeſchäften [illegible].
Unerlaubte Handlungen 58, 59, 84 fg. 229, 243, 323 fg.
Undank 82, 83, 601.
Uneheliche Verwandtſchaft 38, 39; als Succeſſionsgrund 476, 482, 492.
Unfreiwillige Repräſentanten 76, 77, 206. 247.
Ungenannte Realcontracte 245.
Ungültigkeit der Rechtsgeſchäfte 79; Testamente 501 fg.; Vermächtniſſe 551 fg.
Unitas actus 485.
Unitas personae 435, 465.
Univerſalſucceſſion 56.
Univerſalvermächtniß 580 fg.
Universitas personarum 42 fg.
„ rerum 48, 367, 368, 378.
„ iuris 48.
Unmögliche Bedingungen 72, 495.
Unmöglichkeit der Leiſtung 221, 251 253, 274, 275.
Unmündigkeit 36, 59, 141, 230, 426 427, 440, 484, 607.
Unterbrechung der Klagenverjährung [illegible].

Unterbrechung der Usucapion 163.
Untergang der Sache 127.
Untheilbarkeit der Leistung 204, 216, 211.
„ der Servituten 178, 182, 183.
Unus casus 166.
Unvordenkliche Zeit 91.
Unwissenheit 62.
Urkunden 64, 115.
Ursprünglicher Erwerb des Eigenthums 149 fg.
Urtheil 116, 160, 271.
Usucapio 157 fg.; extraordinaria 164; libertatis 194; pro herede 136.
Usucapionsbesitz 136, 158 fg.
Usucapionsfähigkeit der Sache 162.
Usucapionszeit 161.
Usurae 55; usurae indebitae 341; centesimae 208; rei iudicatae 208; usurarum 209.
Usurpatio 110, 163.
Usus 182.
Ususfructus 178 fg.; formalis 178; legalis 190; nominum 181; vestimentorum 181; in dotum datus 398.
Uterini 38, 477.
Utilitas circa rem ipsam 206.

Variae causarum figurae 229.
Väterliche Gewalt 420 fg.
Vaterschaft 39.
Venditio 300 fg.
Venia aetatis 36, 122.
Veräußerung überhaupt 57; der Dotalgrundstücke 402; der Erbschaft 540; des Erbrechts 512; durch den Fiscus 127, 266, 392, 608; durch den Vormund 456 fg.
Veräußerungsverbote 132, 456 fg., 402, 432, 113.
Veräußerungsverbote als Usucapionshinderniß 162.
Verbalcaution 93.
Verbindung als Eigenthumserwerb 150 fg.
Vergleich 269.
Verjährung überhaupt 106 fg.; der hypothekarischen Klage 108, 390; der Restitution 122; bei Servituten 194.
Verjährungszeit der Klagen 107, 108.
Verkauf des Pfandes 375, 392.
Verletzung der Rechte 92.
„ über die Hälfte 307.
Verlust der dinglichen Rechte 127.
Vermächtniß 541 fg.
„ dinglicher Rechte 575.
„ der Dos 577.
„ von Forderungen (nomen legatum, liberatio legata, debitum legatum) 576.
„ einer Gattungssache (genus legatum) 574.
„ des Lebensunterhaltes 573.
„ einer Rente 572.
„ einer Sachgesammtheit 570.
„ einer Species 569.
„ einer Summe oder Quantität 571.
„ eines Vermögensinbegriffs 578.
„ ein Wahlvermächtniß 579.
Vermischung 151.
Vermögensrechte und Verhältnisse 22.
Verpfändung 367, 371.
Verpflichtung durch Stellvertreter 247.
Verschollenheit 26.
Versehen des Richters 338.
Versio in rem 247, 248.
Versio vulgata 9.
Versteigerung 231.
Vertrag 63, 229, 231 fg., 267 fg.
Vertragsform 232.
Vertragsschließung unter Abwesenden 231.
Verwaltung kraft öffentlichen Auftrages 256, 296, 536, 537, 538; der Vormünder 453; der Erbschaft 536, 537, 538.
Verwandtschaft 38; deren Präsumtion 39; als Successionsgrund 474 fg.

Verwendung s. impensae
Verwirkung des Eigenthums 147.
„ der Forderung 94, 258, 259, 443.
„ des Intestaterbrechts 446, 522.
Verzicht 157, 361; auf das Erbrecht 470.
Verzug 251.
Verzugszinsen 207, 251.
Via 186.
Vicina praedia 183.
Viehtrift 186.
Vindicatio pignoris 378.
„ servitutis 191.
Vis absoluta und compulsiva 61.
Vitalität 25.
Vitium des Besitzes 172; der Personen 37; der Sachen 162.
Volljährigkeit 36.
Vollmacht 77.
Vollziehung der Testamente 504.
Verkaufsrecht 301, 306.
Vormundschaft 439 fg., s. tutela und cura.
Vormundschaftseid 448.
Votum 241.

Wahl unter mehreren Klägern 105.
„ bei Obligationen 203, 274.
„ bei Vermächtnissen 579.
Wahlvater s. adoptio.
Wahnsinn 37, 59, 137, 270, 440, 442, 449, 452, 484, 499.
Wandelklage 304.
Wasserleitung 186.
Wechselseitige Testamente 500.
Wege 186.
Wegfall des Inhalts bei Obligationen 274.
„ des Subjectes 273.
Wette 236.
Widerruf der Privilegien 57.
„ des Mandates 294.
„ der Testamente 502.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 117 fg.; gegen Erwerb und Theilung der Erbschaft 519, 520.
Wilde Thiere 127, 327.
Willenserklärung 64, 231; bei letztwilligen Verfügungen 491; beim Erbschaftserwerbe.
Wirthe s. receptum.
Wohnsitz 40.
Würderungseid 115, 167, 346.

Zahlung 261 fg.; uneigentliche 265
Zeit 87; der Erfüllung 220, 225; der Erbantretung 472, 509.
Zeitbestimmung 73, 87, 128, 495, 546, 554.
Zeiteintheilung 88.
Zeitpunkt der testam. Delation des Erbrechts 505.
Zeitpunct des Erwerbs der Vermächtnisse 554.
Zeuge s. testis.
Zinsen 207 fg.
Zinsfuß 208 fg.
Zinswucher 31, 209, 484.
Zollbefraudation 147.
Zollpächter 325.
Zubehör 54.
Zufall 86, 253.
Zuschlag des Pfandes 376.
Zustände als Quelle von Obligationen 244, 229.
Zwang 61, 121.
„ bei letztwilligen Verfügungen 491, 520.
Zwang bei Verträgen 237.
„ als Restitutionsgrund 121.
Zweckbestimmung 74, 83, 495, 546
Zweite Ehe 417, 418.

Berichtigungen und Zusätze.

Seite 6 Zeile 1 ist das erste Wort zu streichen.
„ 9 „ 11 statt *errore, m.*, lies *errorem m.*,
„ 14 „ 45 ist hinzuzusetzen: 4. Aufl. 1855.
„ 15 „ 16 „ „ Bd. 2. Abth. 1. 1855.
„ 16 „ 23 u. 41 statt Sav. l. Savigny
„ — „ 45 st. Bang. l. Bangerow
„ 17 „ 3 l. bis jetzt 11 Bände
„ -- „ 12 l. Bd. 1. 2. Regensburg 1852...55.
„ — „ 34 l. bis jetzt 8 Bände
„ 20 Anm. 1 st. Sinteins l. Sintenis
„ 21 „ 3 Z. 3 ist zu lesen contra rationem iuris
„ 29 Zeile 14 st. fecit. setze fecit,
„ 74 „ 25 l. Savigny S. 185...190.
„ 89 Zu Anm. 4 vgl. jetzt noch Briegleb im civ. Arch. XXXVIII. 6., welcher *vitae* als im Dativ stehend erklärt.
„ 94 Anm. 1. Vgl. jetzt auch Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht III. S. 347 fg.
„ 99 Zeile 28 st. setet l. set et
„ 102 „ 24 st. arg.; l. arg.
„ 127 „ 20 st. at l. ad
„ 131 „ 28 st. nummos alienos l. communes nummos
„ 155 „ 28 st. *erit.* l. *erit;*
„ 176 „ 7 ist das Komma nach *χρατεῖν* zu streichen.
„ 184 „ 13 st. meum l. meam
„ 185 „ 8 st. alicquin l. alioquin
„ 187 „ 27 st. eum l. eam
„ 200 Anm. 1 l. zum heutigen
„ 203 Zeile 30 st. 333 l. 323.
„ 231 „ 12 l. Bang. §. 334.
„ 233 „ 30 st. facturum l. nuntiaturum
„ — „ 34 setze noch hinzu: H. Pernice, commentationes iur. rom. duae. Hal. 1855. pag. 125—244.
„ 240 „ 23 l. verursachten
„ 242 a. E. st. binglicher l. binglicher
„ 244 Zeile 9 ist das Komma hinter Grundbienstbarkeiten zu streichen; am Ende der Anm. hinzuzusetzen: Böcking Inst. §. 161 a. E.
„ 283 Zeile 8 l. Emphyteuta
„ 295 „ 2 l. *δανείστης*
„ 296 Anm. 1 a. E. ist hinzuzufügen: Mommsen Beitr. zum Obligationenrecht II. Abth. vgl. Windscheid in d. heidelb. krit. Ztschr. II. S. 525. fg.
„ 301 Zeile 7 l. *τὸ ἀρχαῖον*
„ 303 „ 13 l. gesetzlichen

Seite 309 Zeile 32 st. γ) setze c)
„ 324 „ 13 nach leisten setze das Zeichen der Anm. 2.
„ 328 „ 17 st. solo l. solus
„ 343 „ 24 l. Code Nap.
„ 354 „ 4. 5 l. obligant
„ 356 „ 34. 35 l. de stipulatione servorum.
„ 365 „ 37 l. Anm. 4. 5.
„ 372 zu Anm. 1 hinzuzufügen: Mommsen Beitr. zum Obligationsrecht III. S. 1—340.
„ 390 Zeile 19 st. diesem l. dem letzten
„ 393 „ 37 l. invenerint
„ 410 „ 10 st. rei l. reis
„ 414 „ 18 st. petit l. peti
„ — „ 24 l. Mora oder
„ 415 „ 26 st. iliud l. illud
„ 424 zu §. 283. vgl. Goldschmidt Unters. über L. 122. §. 1. D. d V. O. Heidelberg 1855. mit Huschke in Linde's Zsch n. F. X. 1.
„ 428 Zeile 24 l. reddendumque
„ 455 „ 17 l. conductio
„ 471 „ 29 st. impendo; l. impendo,
„ 482 „ 32 l. quod vi aut clam.
„ 501 „ 2 st. Klagen l. Klage
„ — „ 29 st. ob. turp. l. ob turp.
„ 502 zu §. 343. vgl. Seeger de repetitione ob turpem rem datorum cessante propter dantis turpitudinem. Stuttg. 1851.
„ 520 Zeile 20 l. Schuldner
„ 524 „ 24 st. si l. ei
„ 525 „ 17 st. ein l. eine
„ 526 „ 26 st. *fidesussiones* l. *fideiussiones*
„ 547 a. E. l. si antiquior cred.
„ 574 Zeile 2. 3 l. super-esse
„ 579 „ 19 l. arg. a contrario
„ 595 „ 25 l. in funus
„ 638 zu §. 439. Anm. 2. vgl. noch Kuntze: in systemate iuris civilis hodierni doctrina de iure tutelae num iur. obligationum adscribenda sit? Lipsiae 1851.
„ 651 Zeile 17 l. ὑπεξουσίοι;
„ 653 „ 18 l. donatio propter nuptias k, Arregation u. s. w.
„ 702 „ 33 l. genannt
„ 706 „ 9 st. Bd. 9. l. Bd. 10.
„ 708 „ 4 st. eno l. eod. Zu Anm. 4. a. E. vgl. Munzinger. causa Curiana, Bern 1855.
„ 745 „ 5 st. gegeben werden l. gegeben worden
„ 786 zu §. 565. Anm. a. E. vgl. noch H. Pernice comm. iur. rom. duae, Hal. 1855. pag. 1—124.
„ 797 Zeile 23 st. nach seinem ganzen Betrage l. nach dem ganzen Betrage des Schuldgegenstandes
„ 818 „ 31 l. Bedingung, Zeitbestimmung
„ 820 a. E. l. de legat. III.
„ 837 Zeile 27 st. hereditatio l. hereditatis
„ 839 „ 13 l. accessio possessionis